This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

PROJECTO

DO

CODIGO CIVIL BRAZILEIRO

E

COMMENTARIO

Digitized by Google

Digitized by Google

PROJECTO

DO

CODIGO CIVIL BRAZILEIRO

E

COMMENTARIO

POR

Joaquim Felicio dos Santos

TOMO II

RIO DE JANEIRO
EM CASA DOS EDITORES-PROPRIETARIOS
LAEMMERT & C.
66, RUA DO OUVIDOR, 66

1885

BRA
910
SAN

Digitized by Google

Digitized by Google

PROJECTO
DO
Codigo Civil Brazileiro
E
COMMENTARIO

TITULO PRELIMINAR
Da publicação, effeitos e applicação das leis em geral

CAPITULO IX
Da responsabilidade civil

Art. 605.—Todo aquelle que, voluntaria e scientemente, offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado pelo damno que lhe causar.

Já tratámos da responsabilidade por perdas e damnos resultante da falta de cumprimento das obrigações que nascem dos *actos juridicos*. Neste capitulo trata-se da *responsabilidade civil*, isto é, da responsabilidade resultante dos *factos illicitos*.

Diz o art. 371 que o devedor, que faltar ao cumprimento da obrigação, ou não a cumprir pela fórma a que está obrigado, é responsavel por perdas e damnos, salvo si mostrar que fôra impedido por facto do credor, por força maior, ou caso fortuito, para os quaes de nenhum modo haja contribuido.

Ha toda analogia entre a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação e a resultante de factos illicitos; devem, portanto, as regras ser as mesmas.

Digitized by Google
12547

Segundo o art. 605 só responde pelo damno causado aquelle, que, sciente e voluntariamente, offende os direitos de outrem. Tambem aquelle, que não cumpre a obrigação, offende os direitos do credor, e os offende sciente e voluntariamente, porque sabia que devia cumpri-la, e que o credor tinha direito á sua execução.

Si o devedor não cumprio a obrigação por facto do credor, não é obrigado a perdas e damnos, por exemplo, o artifice, que não fez a empreitada no dia marcado, por não lhe terem sido fornecidos os materiaes, a que se obrigára o dono da obra. Da mesma fórma o que pratica um crime na defesa da propria pessoa não responde pelo damno causado (art. 614); porque tal crime é justificavel nos termos do art. 14 do codigo criminal.

O que não cumprio a obrigação impedido por força maior, por exemplo, o emprezario, que não concluio a obra no prazo marcado por causa de uma enfermidade, não responde por perdas e damnos. Da mesma fórma não é responsavel pelo damno que causar o que pratica o crime violentado por força ou medo irresistivel (art. 615); porque tal crime é justificavel nos termos do art. 14 do codigo criminal.

Aquelle, que não cumprio a obrigação impedido por caso fortuito, não responde por perdas e damnos, como si o vendedor não entrega a cousa vendida, por esta se ter incendiado sem culpa sua. Tambem aquelle, que causa um damno no exercicio de um acto licito não é responsavel pelo damno.

Mas si aquelle, que não cumprio a obrigação por caso fortuito ou força maior, tiver contribuido para os mesmos, é responsavel por perdas e damnos (art. 371). Da mesma fórma não se isentão da responsabilidade civil os que derão causa ao caso fortuito de que resultou o damno.

A razão é porque tanto em um como em outro caso, ha a violação de um direito; os motivos de escusa, em consequencia, devem ser os mesmos.

O codigo portuguez no art. 2361 diz: «Todo aquelle que

Digitized by Google

viola, ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuizos que lhe causar.».

E' esta tambem a decisão do nosso codigo criminal quando no art. 11 faz responsaveis pelo damno causado o menor de 14 annos, o louco, o que pratica um acto casualmente, ou violentado, por força ou medo irresistivel.

O codigo criminal neste ponto se aparta da velha e bôa doutrina dos nossos praxistas, que só reconheciâo a responsabilidade civil, quando o facto illicito era praticado sciente e voluntariamente. Era o systema racional, fundado no direito romano, que foi adoptado pelos codigos modernos.

O codigo francez diz : « Tout fait quelconque de l'homme, que cause à autrui un dommage, obligle celui par la faute du quel il est arrivé à le réparer. »

Assim, para ter logar a responsabilidade civil, é necessario que o facto seja illicito, e que tenha havido *falta* da parte do agente, o que se não dá quando o facto é praticado sem consciencia do agente, ou sem a necessaria liberdade.

O codigo da Austria diz no art. 1306 : « Em geral aquelle que causa um damno a outrem *involuntariamente*, e sem *falta sua*, não é obrigado a indemnização alguma. »

O art. 605 do projecto diz : « Todo aquelle que, *voluntaria e scientemente*, offende os direitos de outrem, etc. »

Ninguem deve ser responsavel pelos resultados de seu simples *facto*, não tendo precedido a intenção de causar o damno.

Tres condições são necessarias, diz Caetano, para ter logar a responsabilidade civil : 1°, que o facto seja illicito, isto é, que offenda os direitos de outrem, sem ser da parte do agente o puro exercicio de um direito, ou o cumprimento de uma obrigação legal ; neste sentido decide explicitamente o art. 1401 do codigo da Hollanda ; 2°, que o facto seja imputavel pessoalmente ao agente, por exemplo, que este não seja um demente ou um menor sem conhecimento do que pratica ; 3°, que o agente

Digitized by Google

tenha praticado o facto scientemente e com a intenção de offender direitos de outrem.

Disse Justiniano : *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo nullo culpa ejus inveniatur* ; *nam alioquim non minus quam ex dolo et culpa quisquis hac lege tenetur* (Inst. § 3 ad Leg. Aquil.).

Art. 606.—Os direitos podem ser offendidos, por factos, ou por omissão de factos.

Está entendido que para a omissão de factos produzir a responsabilidade civil, é necessario que tambem seja imputavel e illicita. Veremos que o tutor é responsavel pelo damno causado pelo louco, quando o damno teve logar por sua negligencia.

Temos um exemplo no L. 44 § 1º Dig. ad Leg. Aquil. *Quoties sciente domino servus vulnerat, vel occidit, aquilia dominum teneri dubium non est.* Na L. 45 se diz : *Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit.*

Art. 607.—Estes factos, ou omissão de factos, podem produzir responsabilidade criminal, ou simplesmente responsabilidade civil, ou uma e outra responsabilidade simultaneamente.

Por exemplo, aquelle que faz um ferimento está sujeito não só á responsabilidade criminal pelo delicto que praticou, como á civil pelo damno causado.

Aquelle que entra de noite em casa alheia sem o consentimento de quem nella morar, nos termos do art. 209 do codigo criminal, commette um crime, mas não está sujeito á responsabilidade civil. Todas as tentativas de crime sujeitão o agente á responsabilidade criminal, sem que haja responsabilidade civil.

Quasi todos os damnos causados por omissão só produzem a responsabilidade civil. Aquelle que, por imprudencia deu causa a um incendio, está obrigado a reparar o damno causado, nos termos do art. 615, mas póde não ser criminalmente responsavel.

Digitized by Google

Art. 608.—A responsabilidade criminal nem sempre é acompanhada da responsabilidade civil, e a civil nem sempre da responsabilidade criminal.

O art. 2364 do codigo portuguez diz que a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil.

Ha aqui evidente engano. Quasi todas as tentativas de crimes só trazem a responsabilidade criminal, sem responsabilidade alguma civil. Qual a responsabilidade civil daquelle, que tenta furtar, e é impedido por motivos independentes de sua vontade, por ser preso, por exemplo, no acto do furto? Qual é ainda a responsabilidade civil do que fornece, com conhecimento de causa, drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, não se verificando este? Entretanto o facto é punivel pelo art. 290 do codigo criminal.

Ha muitas leis de policia, só preventivas de crimes, cuja violação não traz a responsabilidade civil, como sejão as que prohibem ajuntamentos illicitos, sociedades secretas, etc. Tambem as leis sobre hygiene, que prohibem a venda de certas substancias.

São numerosissimos os casos de responsabilidade criminal desacompanhada da civil, e é talvez esta a regra, sendo por excepção que a responsabilidade criminal seja acompanhada da civil.

A responsabilidade civil tambem nem sempre é acompanhada da criminal, como acontece nos casos de negligencia, omissão, no caso do art. 610, etc.

Art. 609.—Todo aquelle, que, podendo e devendo impedir um damno, não o impede, é responsavel pelo damno causado.

Pergunta-se si aquelle, que, podendo impedir um damno, não o impede, será responsavel pelo damno causado. Toullier responde pela affirmativa. Diz elle ser uma especie de complicidade não impedir o mal, quando se póde impedi-lo.

Domat distingue: si aquelle, que *podia* impedir o damno,

Digitized by Google

tambem o *devia*, é responsavel. Esta opinião é a mais geralmente seguida pelos autores, e tal é a decisão do art. 609.

Devem concorrer as duas condições, que a pessoa *possa* e igualmente *deva* impedir o damno, como succede nos casos em que alguem é responsavel pelos actos de outrem. Domat traz o exemplo, que já citámos, do escravo, que commette um crime com sciencia do dono. Ora, o senhor *deve* impedir que o seu escravo cause damnos.

E' certo que temos o dever moral de impedir um damno, quando o podemos fazer. Si, podendo extinguir um incendio nascente, não o faço, serei responsavel perante minha consciencia, mas não tenho responsabilidade civil, si não estava obrigado a extingui-lo. *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit* : é a maxima do jurisconsulto Paulo na L. 121 Dig. de reg. jur.

> Art. 610.—Todo aquelle, que transfere a outrem a propriedade ou o uso de sua cousa, por titulo gratuito ou oneroso, sabendo que a cousa tem vicios occultos, e não os manifesta, é responsavel pelo damno causado.

Esta disposição encontramos nas leis romanas só com applicação ao commodato. Na L. 18 § 3° Dig. de commod. temos o exemplo de quem empresta vasos viciosos (scientemente), e se corrompe o vinho nelle posto pelo commodatario. *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum, corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.* A razão é porque, como diz a L. 17 § 3°, fazendo um beneficio não devemos enganar, *adjuvari quippe nos, non decepi beneficio oportet.*

A decisão é de toda justiça, e nós a encontramos no codigo francez art. 1891, portuguez art. 1521 e em outros; nos convinha generalisa-la.

Não é só aquelle, que empresta uma cousa, que tem a obrigação de manifestar seus vicios occultos; é tambem quem vende a cousa, faz della doação, ou a aliena por qualquer fórma. Si o

Digitized by Google

beneficio não deve ser damnoso, por maioria de razão não deve haver fraude ou dolo nos contratos em prejuizo do outro contratante.

Art. 611.—Não póde pedir indemnização pelo damno causado com o uso, que outrem faz de seu direito, nos justos limites; salvo si o damnificante tinha outro meio, sem prejuizo seu, de usar de seu direito.

Já dissemos que para dar-se a responsabilidade civil, é necessario que o agente tenha praticado um facto illicito; facto illicito é aquelle, que se não póde praticar sem offensa da lei, *quod non jure fit.* Todos os mais factos são licitos, porque aquillo, que a lei não prohibe, póde ser licitamente praticado. Assim aquelle que usa de seu direito, não offende a outrem. *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (L. 55 Dig. de reg. jur.). Só quem pratica o que não póde praticar, é responsavel pelo damno. *Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet.*

Aquelle, que no exercicio de seu direito offende o direito de outrem, não é responsavel. Não seria um verdadeiro direito aquelle de cujo exercicio resultasse a obrigação de reparar o damno causado; e, rigorosamente fallando, aquelle, cujo direito pudesse ser offendido, estaria autorisado a impedir o legitimo exercicio do direito de outrem. Posso levantar a minha casa, porque o espaço superior me pertence (art. 1006), ainda que levantando-a prive o vizinho da vista, ou o incommode. Si sou obrigado a indemnizar o vizinho, torna-se inutil o meu direito.

Ha, porém, uma excepção, e é si o damnificante tinha outro meio de usar do seu direito, sem prejuizo seu. Esta decisão funda-se no preceito de justiça universal: *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (L. 10 § 1° Dig. de justit. et jure).

612.—Aquelle que, sem prejuizo proprio, tiver mais de um meio de usar de seu direito, não escolher o que não causar, ou que menos damno causar a outrem, responde pelo damno causado.

Digitized by Google

E' applicação da excepção estabelecida no artigo antecedente. Por exemplo, o logar ou modo do exercicio de uma servidão póde ser alterado, si isso fôr vantajoso ao predio dominante e não causar prejuizo ao serviente (art. 1255).

Art. 613.—Quando a lei estabelece a responsabilidade civil, entende-se sempre salva a responsabilidade criminal.

Muitas vezes a lei, estabelecendo uma sancção civil pela infracção da lei, declara salva a responsabilidade criminal. O art. 613 torna desnecessaria e redundante tal declaração; a responsabilidade criminal ficará sempre subentendida.

Por exemplo, o art. 605 declara que quem viola o direito de outrem, é responsavel pelo damno causado; está subentendido que é salva a responsabilidade criminal. O ladrão tem de restituir o furto, salva a sua responsabilidade pelo crime que commetteu.

Art. 614.—Não ha responsabilidade civil, nos casos em que o damno resulta de um facto que, embôra declarado delicto pela lei criminal, é justificavel pelas circumstancias que o acompanhárão.

O codigo criminal no art. 14 explica quaes são os crimes justificaveis. Já dissemos que a responsabilidade civil resulta da pratica de um facto illicito. Logo que o facto, embora declarado illicito pela lei criminal, é acompanhado de circumstancias justificativas, torna-se licito; porque, justificando-o, a lei o permitte. Ha nada mais sagrado que o direito da propria defesa? *Serva te ipsum.*

Aquelle, que mata em defesa da propria pessoa, usa de um direito, e em consequencia o facto torna-se licito pela regra: *Nemo damnum facit, qui suo jure utitur.*

Estas considerações podem-se applicar aos mais casos, em que pelo art. 14 do codigo criminal o crime é justificavel, como si o agente commette o crime em defesa de pessoa de sua familia ou de um terceiro; quando trata de evitar um mal maior; quando

Digitized by Google

resiste á execução de ordens illegaes, não excedendo os meios necessarios da resistencia, etc. Em todos esses casos usa de um direito, que a lei lhe faculta, e por conseguinte o facto torna-se licito.

Art. 615.—Não são responsaveis em consequencia da disposição do artigo antecedente, pelo damno, que causarem :

1.°—Os menores de 14 annos;

2.°—Os loucos, salvo si causárão o damno em lucido intervallo ;

3.°—Os que causárão o damno, violentados por força ou medo irresistivel;

4.°—Os que causárão o damno casualmente, no exercicio de qualquer acto licido feito com a intenção ordinaria.

§ 1.°—Si provar-se, que o menor de 14 annos, que tiver causado o damno, obrou com discernimento, seus bens serão sujeitos á indemnização do damno causado.

§ 2.° —Não se isentão da responsabilidade civil os declarados no numero 4° si causárão o damno por imprudencia, ou na pratica de qualquer acto illicito, ou si por sua falta teve logar o caso fortuito.

§ 3.°—O incendio das casas presume-se casual.

Notemos primeiramente um grave engano que ha no art. 615. Em vez das palavras *em consequencia da disposição do artigo antecedente* deve-se dizer : *em consequencia da disposição do art.* 605.

O louco, por exemplo, não é responsavel, nem civil nem criminalmente, quando commette um delicto, não porque seja este justificavel, mas porque seus actos não lhe podem ser imputados nos termos do art. 10 do codigo criminal. O art. 14 do codigo criminal trata dos crimes justificaveis ; é o caso do art. 614 do projecto; o art. 10 trata dos factos, que a lei não considera criminosos; estão comprehendidos na disposição do art. 605 do projecto, de que o art. 615 não é mais que a applicação.

Já vimos que para ter logar a responsabilidade civil, é necessario que a violação do direito tenha sido feita voluntaria e scientemente. Ora, o menor de 14 annos, o louco, o insensato, o coagido, não têm o necessario discernimento para conhecerem as consequencias do acto que praticão, nem a livre determinação de

Digitized by Google

vontade. E' este o principio cardial, que serve de base á responsabilidade das acções humanas. Quando não ha liberdade desapparece a imputabilidade; si assim é pela lei criminal, tambem o deve ser perante a lei civil.

Et ideò quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit? Et Pegasus negavit: quæ enim in eo culpa sit? diz Ulpiano na L. 5 § 2º Dig. ad Leg. Aquil. E na verdade logo que ao louco faltão a razão e a livre determinação da vontade, deve necessariamente cessar, não só a responsabilidade criminal, como a civil.

Ulpiano dá a razão: cessa a responsabilidade pela mesma razão por que ninguem é responsavel pelo damno causado por um animal, ou pela queda casual de uma telha, *cessabit igitur aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit.*

Quanto ao infante, Ulpiano decide pela mesma maneira. *Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum.*

O impubere, porém, é responsavel pelo damno causado, porque já lhe é imputavel o furto, diz Labeão; mas Ulpiano faz uma restricção, isto é, si já elle tem discernimento: *et hoc puto verum si sit jam injuriæ capax.*

Esta capacidade se aprecia segundo as circumstancias; não ha idade, em que se possa declara-la completa. A uns vem o discernimento mais cedo, a outros mais tarde, conforme as inclinações naturaes, a educação, a condição social, os exemplos e lições recebidas. Então se diz que a malicia suppre a idade, *malitia supplet ætatem.*

Só as pessoas, que se achão no uso de sua razão, diz Pothier, são capazes de um delicto ou quasi delicto, e por conseguinte sujeitas á responsabilidade civil.

Quanto ao louco, para que seus actos não lhe sejão imputaveis, é necessario que não tenhão sido praticados em lucido intervallo.

Da mesma fórma aquelles, que causárão o damno violentados

Digitized by Google

por força ou levados por medo irresistivel, devem ser equiparados ao menor e ao louco; é um caso de força maior. Já vimos que para haver responsabilidade é necessario que o facto seja illicito; logo que o agente não póde deixar de praticar o facto por força maior, deixa este de ser illicito. Em tal caso o unico responsavel é o autor da violencia, este é duplamente responsavel, para com o coagido e para com o que soffreu o damno.

Tambem não são responsaveis os que causão um damno casualmente no exercicio de um acto licito. É a regra *casus nemo præstat.* Logo que não ha imputação não ha responsabilidade.

A L. 30 Dig. ad Leg. Aquil. nos apresenta o exemplo de um incendio. O agricultor lança fogo na sua roçada, e o fogo passa para a plantação do vizinho e causa-lhe damno. Diz o jurisconsulto Paulo, que se deve indagar si houve impericia ou negligencia da parte do damnificante: *requiramus imperitia ejus aut negligentia id accidit.* Si por exemplo, lançou o fogo em um dia ventoso, devia prever o perigo de sua communicação á seara alheia, *nam et qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur.*

Da mesma fórma si não tomou as necessarias medidas para o fogo não propagar, é responsavel pelo damno. *In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederit.*

Mas si teve toda a cautela, si providenciou tudo convenientemente para que o fogo não passasse á seara do vizinho, não ha responsabilidade. *At si omnia quæ oportet observavit, sed subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

Pelo art. 11 do codigo criminal outra é a decisão. Os menores de 14 annos, os loucos, os que causão damno coagidos, ou casualmente no exercicio de um acto licito, estão sujeitos á responsabilidade civil.

Tambem pelo codigo portuguez a absolvição do réo no tribunal criminal ou correccional não illide a acção de perdas e damnos.

Nos §§ 1° e 2° do art. 615 se estabelecem algumas excepções

Digitized by Google

á regra da responsabilidade civil das pessoas no mesmo mencionadas.

O louco não está isento da responsabilidade, si praticou o facto em lucido intervallo. Tambem em tal caso não está elle isento da responsabilidade criminal, nos termos do § 2º do art. 10 do codigo criminal.

O menor de 14 annos, que causar o damno, tendo obrado com discernimento, não é completamente isento da responsabilidade criminal, nos termos do art. 13 do codigo criminal; portanto, tambem deve responder pelo damno causado.

Ainda não estão isentos da responsabilidade civil os que causárão o damno casualmente, si procedêrão com imprudencia, ou na pratica de qualquer acto illicito, ou si por sua causa teve logar o caso fortuito. Identica é a disposição do art. 19 da Lei de 20 de Setembro de 1871 quanto á responsabilidade criminal dos que commetterem ou fôrem causa de um homicidio involuntario.

Destas excepções temos exemplos na lei romana.

Si feceris fossam in silva publica, et bos meus in eam inciderit, agere possum hoc interdicto, quia in publico factum est (L. 7 § 8º Dig. quod vi aut clam.).

Qui foveas ursorum, cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt, eoque aliquid decidit, factumque deterius est, lege aquilia obligati sunt. At si in aliis locis ubi fieri solent fecerunt, nihil tenentur (L. 28 Dig. ad Leg. Aquil.).

Art. 616.—A obrigação de satisfazer o damno, e o direito de haver a satisfação, transmittem-se com a herança.

E' a disposição do art. 29 do codigo criminal. O art. 36 da Lei de 3 de Dezembro de 1841 declara que a obrigação de indemnizar prescreve passados 30 annos da data do dia em que foi commettido o crime. Torna-se desnecessaria esta declaração em vista da disposição geral do art. 1355 do projecto.

Identica é a decisão do art. 2366 do codigo portuguez.

Digitized by Google

Art. 617 —Quando o damno foi causado por mais de uma pessoa, são todas solidariamente responsaveis, salvo o direito da que pagar pelas outras, a haver dellas suas quotas respectivas.

Paragrapho unico. Estas quotas serão determinadas conforme a parte que cada um dos condevedores tiver tomado no facto que deu causa ao damno.

Esta solidariedade entre os que causárão damno é do art. 27 do codigo criminal, com differença que o art. 617 do projecto manda graduar as quotas na proporção da parte que cada um dos condevedores tiver tomado no facto que deu causa ao damno, como tambem dispõe o art. 2372 do codigo portuguez.

Assim como a responsabilidade criminal não é a mesma para todos os que tiverão parte no crime, assim tambem deve ser graduada a responsabilidade civil. O complice incorre em pena menos grave que o autor, em proporção deve ser sua responsabilidade civil.

Art. 618.—São obrigados á satisfação, posto que não tenhão concorrido para o damno, os que delle tiverem gratuitamente aproveitado, e até a importancia do proveito.

E' a disposição do § 2º do art. 28 do codigo criminal. Não é justo que aquelle que recebeu do ladrão, a titulo gratuito, a quantia furtada, ou parte della, não deva restitui-la, pela regra que ninguem se deve locupletar com prejuizo de outrem.

Si a cousa furtada é certa e determinada, está entendido que ao dono compete o direito de reivindica-la do poder de qualquer pessoa, para quem tenha sido transferida, não importa si a titulo gratuito ou oneroso, *res suo domino clamat.*

Art. 619.— A indemnização do damno causado será pedida por acção civil. Não se poderá, porém, questionar sobre a existencia do facto e sobre quem seja seu autor, estando isso já decidido em juizo criminal, por sentença passada em julgado.

E' a disposição quasi textual do art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.

Digitized by Google

Art. 620— Os immoveis do delinquente ficão hypothecados pela satisfação do damno, que causar com o delicto.

E' um dos casos de hypotheca legal (Cod. crim. art. 27). O art. 2559 do projecto a reconhece ; mas cumpre notar, que nasce a hypotheca unicamente no caso em que é devida a indemnização em consequencia de um delicto. Nos mais casos o credor da indemnização não tem hypotheca legal sobre os bens do devedor.

Art. 621.—Nenhuns bens do conjuge innocente, quer sejão de meação, quer não, ficão obrigados á satisfação do damno causado por delicto do outro conjuge.

Assim dispõe o art. 109 do codigo criminal portuguez reproduzido no art. 2376 do codigo civil.

Qualquer que seja o regimen do casamento não é justo que um dos conjuges seja prejudicado por factos criminosos praticados pelo outro. O art. 1964 n. 2 do projecto decide que se não communicão as dividas provenientes do crime, em que um dos conjuges tenha sido condemnado.

Art. 622.— Toda a pessoa, que tem outra debaixo de sua direcção ou inspecção, é responsavel pelo damno causado por esta, durante o tempo em que estiver debaixo de sua direcção ou inspecção, ou morar em sua companhia.

O pai, e na falta deste, a mãi, é responsavel pelo damno causado por seus filhos menores, que viverem em sua companhia.

O tutor é responsavel pelo damno causado pelo seu tutelado, que morar em sua companhia.

O mestre de educação, ou de qualquer arte ou officio, é responsavel pelo damno causado pelos seus discipulos, ou aprendizes, emquanto estiverem debaixo de sua inspecção ou direcção.

A responsabilidade, de que tratão este e os seguintes artigos, resulta do que chamão os autores *quasi delicto ;* é uma expressão puramente escolastica, que não convem ao legislador ; basta a este regular as consequencias dos factos, qualquer que seja o nome que tenhão.

Digitized by Google

Aquelle, que tem outro debaixo de sua inspecção, é obrigado a empregar a necessaria vigilancia para que este não cause damno a terceiros. Sendo o damno causado, presume a lei que foi isso devido á culpa ou negligencia das pessoas aqui mencionadas, ficando-lhes salvo o direito de provar o contrario.

O pai é responsavel pelo damno causado por seus filhos; mas é necessaria uma dupla condição: 1°, que o filho seja menor, e 2°, que viva em companhia do pai. Aqui não se falla em filho emancipado, porque este se reputa maior conforme a definição do art. 819.

O pai tem obrigação de vigiar a conducta de seus filhos menores, que vivem em sua companhia, e portanto o damno causado por estes se presume devido á incuria do pai.

Si o filho já é maior, cessa a responsabilidade do pai, porque este não rege mais a pessoa daquelle; nos termos do art. 883, cessa a administração do pai com a extincção do patrio poder, ainda que o filho continue a viver na companhia paterna; porque, como adiante veremos, neste projecto se não reconhecem filhos familias com mais de 21 annos, como é direito vigente.

Si o filho, ainda que menor e debaixo da administração do pai, não vive em sua companhia, não responde o pai por seus actos; porque então não se presume negligencia deste. Isto succede quando, por exemplo, o menor se acha estudando em collegio, ou aprendendo officio em casa differente. Neste caso a responsabilidade passa para o mestre, debaixo de cuja inspecção ou direcção estiver o menor.

Na falta do pai, isto é, tendo o pai morrido, estando ausente ou interdicto, igual responsabilidade cabe á mãi; porque, como veremos, por este projecto tambem á mãi compete o patrio poder (art. 773), contra o que pelo direito vigente se acha estabelecido.

Tambem o tutor é responsavel pelos damnos causados pelos seus tutelados, e ainda sob a condição destes viverem em sua companhia. Está entendido que aqui se tratatanto da tutela dos

Digitized by Google

menores como da tutela dos interdictos, porque é obrigação do tutor não só administrar os bens de seu tutelado, como digirir a sua pessoa. Si o tutelado causa um damno, a lei presume ser isso devido á incuria do tutor; cessa, porém, a responsabilidade do tutor, si o menor está fóra de sua companhia, si acha-se, por exemplo, em casa de educação; o mesmo, si o louco se acha em algum hospicio.

Si o louco causa um damno, vivendo em companhia do tutor, presume-se tanto mais ser isso devido á incuria do tutor, quanto era obrigação deste manda-lo para as casas destinadas a esse fim, ou trazê-lo preso.

Os mestres de educação tambem devem ser responsaveis pelo damno causado por seus discipulos, ou aprendizes; mas é indispensavel que estes estejão debaixo de sua direcção ou inspecção.

A disposição do art. 621 se applica tanto aos mestres que estão encarregados da educacão de uma maneira permanente, como acontece nos lyceus, collegios, seminarios, etc., como quando são só obrigados a ter os discipulos e aprendizes temporariamente em sua companhia. Por exemplo, o pai que manda seu filho menor para a escola, deixa de ser responsavel pelos actos deste, e o responsavel neste caso é o mestre, emquanto o menor se acha debaixo de sua inspecção. Si o discipulo sahe do collegio por uma enfermidade, durante as férias, ou por qualquer causa temporaria, cessa a responsabilidade do mestre, porque o artigo diz *emquanto estiver debaixo de sua direcção ou inspecção.*

Aqui se não distingue si o discipulo é maior ou menor; porque succede muitas vezes estudarem nos collegios discipulos maiores de 21 annos, ou já emancipados.

Qualquer que seja a idade do discipulo, achando-se debaixo da inspecção ou direcção do mestre, é este o responsavel por seus actos; porque o discipulo é obrigado a obedecer ao mestre, e este a vigiar sobre a conducta de seus discipulos, qualquer que seja sua idade.

Digitized by Google

Art. 623. —Os responsaveis de que trata o artigo antecedente, ficarão isentos de responsabilidade, si provarem, que não houve falta de sua parte, ou que não puderão impedir o damno causado.

Paragrapho unico.—Neste caso subsistirá a responsabilidade do autor do damno, si, por lei, della não estiver isento.

Neste caso tem applicação a regra: *culpa caret qui scit, sed prohibere non potest* (L. 50 Dig. de reg. juris).

A lei presume que o damno causado pelo menor foi devido á incuria do pai; mas como toda a presumpção legal cede á prova em contrario, incumbe ao pai provar que não houve culpa ou negligencia da sua parte, ou que não pôde impedir o damno.

E' esta uma questão de facto que aos tribunaes compete decidir conforme as circumstancias. Si o pai dá a conveniente educação ao filho, si o corrige em seus vicios, si dá-lhe bons exemplos, por certo não será responsavel pelos actos praticados pelo filho fóra de suas vistas.

Accrescenta o art. 623 que, cessada a responsabilidade do pai, do tutor, ou do mestre, subsistirá a do autor do damno. O maior de 14 annos é responsavel pelo damno, que causar, porque já tem o necessario discernimento, como já vimos. Si elle causa um damno e seu tutor é isento da responsabilidade, os bens do menor estão sujeitos á indemnização. Mas si é um menor de 14 annos, ou si é um louco em estado de furor, que causa o damno, si o tutor não é responsavel, tambem não o será o menor, ou o louco: tem applicação o disposto no art. 615.

Art. 624.—Os amos, ou committentes respondem pelo damno causado pelos seus criados de servir, ou por quaesquer pessoas encarregadas de certos serviços ou commissões, no desempenho dos ditos serviços ou commissões.

Vimos no art. 623 que os pais, tutores e mestres isentão-se da responsabilidade provando que não puderão impedir o damno: a responsabilidade tem por fundamento a presumpção da culpa

Digitized by Google

ou negligencia das referidas pessoas. Não succede o mesmo quanto á responsabilidade dos amos e committentes pelos actos dos criados e prepostos; não se isentão da responsabilidade, ainda que próvem que não puderão impedir o damno.

A si devem imputar o haverem escolhido criados e prepostos máos, imprudentes ou imperitos. Fôra injusto que terceiros se sacrificassem pela confiança inconsiderada depositada pelos amos e committentes em pessoas incapazes. Aquelle, que confia um serviço qualquer a uma pessoa deve ser responsavel pelos actos desta. O committente, diz Pothier, escolheu um preposto negligente, imprudente e máo; é responsavel pelas consequencias de sua má escolha.

E', porém, necessario para que o amo ou committente seja responsavel, que o damno tenha sido causado pelo criado ou preposto no exercicio de suas funcções ; porque si fôr causado de outra fórma, deixão aquelles de ser responsaveis. Esta condição é da maior evidencia. Foi o preposto escolhido para certo negocio ; póde ser habil e diligente para tratar deste, e não de outro. Si no desempenho de outro negocio, de que não estava encarregado, causou qualquer damno, o committente não póde ser responsavel.

Art. 625.—Aquelle, cujos animaes, ou outras cousas suas prejudicarem a outrem, será responsavel pelo damno causado, provando o lesado, que houve falta do responsavel.

Temos varios exemplos na lei romana. Assim aquelle, que tem um cão bravo, e não o tem preso, responde pelo damno que este causar, mas cessa a responsabilidade si o cão é provocado por quem soffreu o damno (L. 11 § 5º Dig. ad Leg. Aquil.).

Digitized by Google

SECÇÃO UNICA

DA LIQUIDAÇÃO DA INDEMNIZAÇÃO

Art. 626.—A indemnização, no caso de homicidio, consistirá:

1.°—Na satisfação de todas as despezas feitas com a tentativa da cura do fallecido, e com o seu funeral;

2.°—Na prestação de alimentos ao conjuge sobrevivo, emquanto delles precisar e não passar a segundas nupcias, excepto si teve parte no homi idio;

3.°—Na prestação de alimentos ás pessôas, a quem os devia o fallecido ao tempo do homicidio, excepto si tiverão parte no homicidio.

Paragrapho unico.—A obrigação de prestar alimentos cessa nos mesmos casos, em que cessaria a obrigação do fallecido.

Em poucos codigos se trata da liquidação da indemnização. Nossos praxistas citão de preferencia o codigo da Prussia.

No caso de morte o codigo da Austria no art. 1327 manda que o offensor pague as despezas do funeral, e além disso indemnize a mulher e filhos do morto em proporção da perda que soffrêrão, ficando assim ao arbitrio do juiz a determinação da importancia da indemnização. Nossos autores, seguindo o codigo da Prussia, fazem distincção, si a morte foi perpretada com culpa lata ou culpa leve.

O codigo portuguez tambem distingue si a morte foi voluntaria ou involuntaria, e neste segundo caso a indemnização é menor (arts. 2384 e 2385). Não vejo razão para se fazer esta distincção. Temos, é certo, a Lei de 20 de Setembro de 1871, que no art. 19 pune com pena leve o homicidio involuntario, quando praticado por impericia, imprudencia, ou falta de observancia de algum regulamento. A indemnização, porém, não deve ser regulada pela gravidade da pena, mas sim pelo mal causado. A morte ou seja voluntaria, ou procedente de imprudencia traz sempre os mesmos resultados. O mal do homicidio não tem reparação possivel, porque o maior dos bens é a vida. Para o conjuge viuvo, para os pais ou para os filhos, não haverá talvez indemnização pecuniaria equivalente ao mal da morte

Digitized by Google

do conjuge, do pai, ou do filho. Mas si ha males irreparaveis, tambem a indemnização convem que tenha um limite. O legislador só póde attender ás consequencias immediatas da morte, e não ao que poderia acontecer para o futuro.

Ha alguma cousa de fatal na perda de um pai, de um conjuge, de um filho, de um parente; si foi um mal irremediavel, quem poderá negar que tambem não foi uma felicidade? Ninguem póde prever o futuro, nem penetrar em seus escondrijos.

E' justo que o autor do homicidio satisfaça todas as despezas feitas com a tentativa da cura e do funeral, porque deu causa a isso.

Da mesma fórma, si o conjuge sobrevivo e os parentes que têm direito a alimentos delles precisarem, é de toda justiça que sejão prestados pelo autor da morte. As pessoas a quem são devidos alimentos vem declaradas no art. 801.

Nesta obrigação, quem commetteu o homicidio, vem como substituir a pessoa do fallecido, sua victima. Prestará alimentos emquanto os alimentados delles precisarem, e em proporção das precisões. Cessará a obrigação nos mesmos casos em que cessaria a obrigação do fallecido. Assim, si o autor da morte fôr pobre, ou não puder prestar alimentos, não será a isso obrigado.

Os alimentos são devidos unicamente ás pessoas a quem os devia o fallecido ao tempo do homicidio, e não ás que adquirírão direito posteriormente.

> Art. 627.—No caso de ferimento, o responsavel indemnizará o offendido dos gastos do curativo e dos lucros que tiver perdido por causa do ferimento.
>
> Pelos soffrimentos do offendido, lhe é devida uma indemnização, que não desça da metade dos gastos do curativo, nem exceda do dobro.

O codigo da Austria no art. 1325 dispõe: « Celui qui fait une blessure à autrui, lui doit les frais de guérison, le gain perdu ou à perdre, et en outre une indemnité pour ses souffrances. »

Digitized by Google

O codigo portuguez ainda faz distincção entre ferimento voluntario e involuntario.

O art. 627 do projecto adoptou o codigo da Prussia citado por nossos praxistas quanto á indemnização pelos soffrimentos do offendido; é isso justo. O offendido não seria completamente indemnizado, si tambem seus soffrimentos não entrassem na graduação da indemnização.

Não deve, porém, ser arbitraria essa indemnização. Conforme a gravidade dos soffrimentos a avaliação da indemnização terá por base os gastos do curativo, não descendo da metade destes, nem excedendo do dobro. Si com o curativo se despendêrão 100, a indemnização pelos soffrimentos se marcará entre 50 e 200.

> Art. 628.—Si do ferimento resultar aleijão, que impossibilite o offendido de continuar no exercicio de sua profissão, ou officio, a indemnização será dos prejuizos que resultarem de tal aleijão.
>
> § 1.º—Si o offendido, apezar do aleijão, póde adquirir modo de vida, ou outra occupação, o ganho que puder adquirir será deduzido da indemnização.
>
> § 2.º—Si o aleijão não impede inteiramente do trabalho, mas sómente o faz mais difficultoso ou menos rendoso, deve ser isso attendido na indemnização.

E' esta tambem a disposição dos codigos portuguez e da Prussia; mas sempre com a distincção de offensa voluntaria e involuntaria, distincção que não existe em nossa lei criminal sinão no caso de homicidio. Demais já vimos que para ter logar a indemnização é necessario que o damno tenha sido feito sciente e voluntariamente (arts. 605 e 615).

Si o offendido era jornaleiro, que vivia de seu trabalho, o offensor deve pagar-lhe o seu salario, si o aleijão o impossibilitou da ganha-lo.

Si o operario, que ganhava 10 por dia, póde tomar outra occupação, em que ganhe os mesmos 10, não é devida indemnização alguma. Si na mesma occupação, em consequencia do aleijão, só póde ganhar 5, ou si vio-se obrigado a tomar outra, em que só ganha 5, só lhe será devida a indemnização de 5.

Digitized by Google

Art. 629.— Si a impossibilidade do trabalho foi temporaria, só é devida a indemnização, em proporção do tempo do impedimento.

E' consequencia do que já ficou estabelecido. A indemnização é devida pelo que deixou de ganhar o offendido. Si este se restabelece e póde de novo continuar a trabalhar, cessa a indemnização.

Art. 630.— Si do ferimento resultou deformidade, será a indemnização do prejuizo, que mostraro offendido ter-lhe resultado de tal deformidade.

O codigo da Austria no art. 1326 assim dispõe: « Si la personne blessée a été défigurée, on lui doit encore un dédommagement surtout lorsque c'est une femme, en tant qu'il en resulterait une obstacle pour son établissement. »

O ficar a mulher privada de se casar será um dos exemplos da regra geral estabelecida no art. 630 do projecto. No homem será raro o caso de uma deformidade causar prejuizo.

Art. 631.— A indemnização por injuria, ou por qualquer outra offensa contra o bom nome e reputação, consistirá na reparação do damno, que, por tal causa, o offendido realmente houver padecido.

O codigo da Austria dispõe no art. 1330: « Celui, qui éprouve un dommage ou un manque a gagner par suite de calomnies, est en droit de réclamer un dédommagement ou des dommages intérêts. »

Rara vez a calumnia ou a injuria poderão dar causa a damnos sensiveis; mas póde acontecer, por exemplo, si é calumniado um criado, ou qualquer outra pessoa que procura um emprego de confiança, e que não o obtem em consequencia da calumnia.

A não haver um prejuizo pecuniario, o facto só de alguem ser injuriado não dá direito a pedir perdas e damnos; e diremos mesmo que é altamente immoral pedir o offendido uma indemnização pecuniaria pela offensa de sua honra. A honra não tem

Digitized by Google

preço para quem sabe dar-lhe valor. O offendido que recorre aos tribunaes para vindicar a injuria e punir o criminoso, não peça dinheiro como se vendesse sua honra.

Art. 632.— A indemnização devida por factos offensivos á liberdade pessoal consistirá nas perdas e damnos padecidos por essa causa.

O codigo da Austria dispõe no art. 1329: « Celui qui prive un individu de sa liberté par un enlèvement avec violence, par une séquestration privée ou avec préméditation, par une arrestation illégale, lui doit des dommages intérêts et son élargissement. »

E ainda accrescenta que si o preso fallecer na prisão, a indemnização será como no caso de homicidio. Isto é por de mais severo, porque o preso tanto podia morrer na prisão como fóra della.

Logo que o offensor não póde ser condemnado por homicidio, tambem não deve ser responsavel pelas consequencias da morte do preso.

Si em consequencia da prisão o offendido deixou de trabalhar, ou não tratou de certo negocio, tem direito a ser indemnizado pelo prejuizo, que houver soffrido.

Art. 633.— São factos offensivos da liberdade pessoal, que dão direito á indemnização:

1.°— Carcere privado;
2.°— Prisão por queixa ou denuncia dada de má fé;
3.°— Prisão illegal.
Paragrapho unico.—No caso do numero 3° o unico responsavel é o juiz que decretou a prisão.

Nem todo o facto offensivo á liberdade pessoal dá direito á indemnização; ella é só devida nos tres unicos casos figurados no art. 623.

Carcere privado, define o codigo criminal no art. 190, é quando alguem fôr recolhido preso em qualquer casa ou edificio não destinado para a prisão.

Digitized by Google

Nem toda a prisão por queixa ou denuncia dá direito á indemnização. Muitas vezes se dão queixas e denuncias de bôa fé na persuasão de ser o réo o autor do crime, e se julgão improcedentes por falta de prova sufficiente. Para a prisão dar direito a perdas e damnos é essencial que a queixa ou denuncia tenha sido dada de má fé, isto é, sabendo o autor que o réo não foi quem commetteu o crime. Em tal caso a accusação é punida nos termos do art. 235 do cod. criminal.

O que seja prisão illegal define o art. 176 do codigo do processo criminal.

O juiz deve saber a lei, e só despachar em conformidade della. Si fôr requerida uma prisão sem ser nos casos em que a lei o permitte, o unico responsavel é o juiz, e não a parte que a requereu; porque esta não tem obrigação de conhecer a lei.

E' como decide o paragrapho unico do art. 633 do projecto.

> Art. 634.—A indemnização por offensa á honra e virgindade consistirá no dote, que o offensor deverá dar á offendida, conforme sua condição e estado, si com ella não se casar, ou não se puder casar:
>
> 1.º—Quando a offendida, sendo virgem e menor de 17 annos, fôr deflorada;
>
> 2.º—Quando a offendida, sendo mulher honesta, fôr violentada ou aterrada por ameaças;
>
> 3.º—Quando a offendida, sendo mulher honesta, menor de 17 annos, fôr seduzida;
>
> 4.º—Quando a offendida tiver sido raptada.

Todos estes casos são previstos nos arts. 219, 222, 224, 226 e 227 do codigo criminal.

A palavra *dote*, de que aqui se usa, é tomada no mesmo sentido do codigo criminal: é uma remuneração qualquer, que o criminoso é obrigado a dar á offendida, conforme seu estado e condição. Assim como pelo codigo criminal cessa a responsabilidade penal seguindo-se o casamento, assim tambem deve cessar a responsabilidade civil.

Digitized by Google

O art. 634 do projecto usa das expressões *si com ella se não casar ou não se puder casar*, o que abrange todos os casos de não verificar-se o casamento: ou porque o offensor recusou-se ao casamento, ou porque, estando prompto a casar-se, foi a offendida quem o recusou, ou finalmente por haver entre elles qualquer impedimento derimente do casamento, por exemplo, por ser casado um delles, ou por serem parentes em gráo em que é prohibido o casamento.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE ESPECIAL

Das pessoas, das cousas e dos actos juridicos em particular

LIVRO I°

Das pessoas em particular

TITULO I°

DA FAMILIA

CAPITULO I

Do casamento

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 635.—E' licito a qualquer pessoa casar-se conforme o rito de sua religião, ou pela fórma estabelecida na lei civil.

O casamento não é neste projecto considerado como um contrato, e não é verdadeiramente um contrato.

Contrato, define o art. 1829, é o acto juridico, pelo qual uma ou mais pessoas reciprocamente, ou de uma só parte, se obrigão a dar, fazer ou não fazer alguma cousa. Todo o contrato, diz ainda o art. 1856, deve ter por objecto uma ou mais cousas, que se convenciona de dar, fazer ou deixar de fazer.

Si o casamento é um contrato, qual é o seu objecto, o que é que as partes se obrigão a dar, fazer ou deixar de fazer?

Digitized by Google

O que é que os esposos se obrigão a dar reciprocamente? Serão suas pessoas, o esposo adquire a esposa e reciprocamente? Convertem-se elles em cousas, perdendo a personalidade?

O que é que se obrigão os esposos a fazer ou não fazer? Toda a obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e damnos, quando não seja cumprida (art. 366). Quaes são as perdas e damnos, que um dos conjuges pagará ao outro no caso de não cumprir as obrigações, que nascem do casamento?

A mulher tem a obrigação de acompanhar o marido (art. 693). É uma obrigação de fazer. Si o casamento é um contrato, será licito á mulher, quando o queira, deixar de acompanhar o marido, pagando-lhe perdas e damnos.

O marido é obrigado a defender a mulher (art. 692); poderá eximir-se dessa obrigação, pagando-lhe perdas e damnos.

Os conjuges se devem reciprocamente fidelidade, diz o art. 691. É uma obrigação, de não fazer. Ninguem dirá que um dos conjuges póde commetter adulterio indemnizando o outro conjuge.

Si o casamento foi contrahido no regimen da communhão legal, as perdas e damnos, que um dos conjuges adquirir, entraráõ para a communhão (art. 1955).

É certo que do casamento resultão as mais importantes obrigações reciprocas; mas não nascem de um contrato. São obrigações impostas e creadas pela lei, simplesmente pela lei. Si nascessem de um contrato, poderião as partes renuncia-las. Contrahido o casamento, os conjuges se sujeitaráõ a ellas.

A lei creando direitos e impondo obrigações não teve em vista o interesse dos conjuges; mas o interesse da familia, dos filhos, da moralidade e ordem publica. A familia, que se vai formar pelo casamento, pertence á sociedade; é na expressão de Cicero: *Principium urbis et quasi seminarium reipublicæ*. É no interesse da sociedade, que a lei regula a familia e estabelece direitos que os conjuges não pódem renunciar. *Concubitu prohibere vago, dare jura maritis*, disse Horacio.

Digitized by Google

Definião os romanos o casamento : *conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (L. 1 Dig. de rit.nupt.). Ou como define Justianino nas Inst. de patr. potest. § 1.º *Viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.*

O projecto não define o casamento, e não ha necessidade. O casamento não precisa ser definido, porque não ha quem ignore o que elle seja. O legislador só define quando ha necessidade. *Omnis definitio in lege periculosa.*

Reconhece o art. 635 do projecto duas especies de casamento, quando declara que qualquer póde se casar conforme o rito de sua religião, ou pela fórma estabelecida na lei civil.

Muito se tem escripto, muito se tem legislado sobre os casamentos civil e religioso. Querem uns que o casamento para sortir effeitos civis, só deve ser celebrado conforme a lei civil, e outros que só o casamento religioso deve ser valido, e considerão o casamento civil como um concubinato.

Não ha questão, que mais tenha occupado espiritos eminentes, e entretanto é uma questão de mera formalidade.

Regule a lei as condições do casamento no interesse da ordem e moralidade publica, e pouco importará que seja celebrado por esta ou por aquella fórma.

Case-se o protestante, o catholico, o chinez, o musulmano, o idolatra conforme o rito de sua religião ; celebre-se o casamento sem violação das regras geraes sobre impedimentos definidos pela lei : tal casamento deve ser respeitado. Si o turco vier estabelecer-se no Brazil, casado com duas mulheres, a lei civil brazileira só dará effeito ao seu primeiro casamento; os filhos nascidos do segundo serão considerados espurios, mas a lei brazileira reconhecerá o primeiro casamento celebrado conforme o rito musulmano.

Forçoso é confessar que nenhuma religião tem melhor regulado o casamento que a religião catholica, que nella reconhece um sacramento.

Digitized by Google

Art. 636.—Produz todos os effeitos civis o casamento contrahido por qualquer das fórmas do artigo antecedente.

Concede o artigo effeitos civis a qualquer dos casamentos contrahidos na fórma do artigo antecedente.

Dever ser o casamento celebrado por esta ou por aquella fórma é, como se disse, questão de puro formalismo. Case-se qualquer pela fórma que escolher, a lei não negará effeitos ao seu casamento. Que importa perante a lei que o casamento seja celebrado por intermedio de um official civil, ou perante um sacerdote? Acautele-se a ordem e moralidade publica, tudo mais é indifferente.

Art. 637.— Si o casamento fôr celebrado por ambas as fórmas, civil e religiosa, seus effeitos civis dataráõ daquelle, que primeiro fôr celebrado.

Um catholico casa-se conforme o rito de sua religião e depois civilmente; ou *vice-versa*, o catholico, casado civilmente, casa-se depois conforme o rito da religião catholica, e é o que mais facilmente poderá acontecer. O catholicismo considera o matrimonio como um sacramento. Um catholico por qualquer motivo casa-se conforme a lei civil, mas depois quer que seu casamento seja santificado e elevado a sacramento, e em consequencia procura um sacerdote para celebra-lo de novo.

Para os effeitos espirituaes a religião catholica não considera valido o casamento celebrado segundo a lei civil, mas esta que não dá importancia á questão de formalidades, faz com que os effeitos civis datem do primeiro casamento.

SECÇÃO II

DO CASAMENTO RELIGIOSO

Art. 638.—Para que o casamento religioso produza effeitos civis é necessario:

1.º—Que seja celebrado na conformidade dos ritos da religião a que pertencerem ambos os contrahentes, ou algum delles;

Digitized by Google

2.°—Que o ministro que celebrar o casamento seja reconhecido pelas leis do Imperio como competente para o acto;

3.°—Que ao acto do casamento não seja vedada a presença de pessoa alguma;

4.°—Que seja assistido por duas testemunhas, pelo menos, além do ministro celebrante;

5.°—Que entre os contrahentes não haja algum dos impedimentos de que trata a sub-secção II da secção IV deste capitulo.

Cinco são os requisitos, que exige o artigo para que o casamento religioso produza effeitos civis.

Logo que a lei civil regula e define os effeitos temporaes do casamento, não lhe devião ser indifferentes a fórma e condições do casamento religioso; o legislador não podia approvar qualquer união de individuos de sexos differentes e reconhece-la com o caracter de legitimo casamento, senão debaixo de certas condições exigidas a bem da moralidade e ordem publica. Preterindo-se algum dos requisitos que a lei exige, a união será tida como um puro concubinato, a que a lei nega effeitos civis.

A primeira condição que exige o art. 636 é que o casamento religioso seja celebrado na conformidade do rito da religião a que pertencerem os contrahentes ou algum delles.

Pelo rito catholico, por exemplo, se exige que os nubentes pronunciem certas palavras que são sacramentaes para a validade do casamento; é o rito que deve ser observado.

O art. 637 exige que o casamento seja celebrado conforme o rito da religião de ambos os conjuges, ou de algum delles. Dous catholicos casão-se segundo o rito da religião catholica; a lei civil reconhece seu casamento. Dous catholicos casão-se segundo o rito da religião protestante, ou vice-versa, dous protestantes casão-se segundo o rito da religião catholica; a lei civil não póde reconhecer tal casamento; porque seria abrir a porta a abusos que a lei não deve tolerar.

Si os esposos pertencerem a religiões differentes, poderão se casar conforme o rito de qualquer dellas. Não se deve forçar um dos contrahentes a apostatar sua religião; é contra o principio da

Digitized by Google

liberdade de consciencia. Não reconhece a lei o impedimento *cultus disparitas* do direito canonico, que aliás é uma disposição puramente disciplinar, e não preceito evangelico.

O segundo requisito é que o ministro que celebrar o casamento, seja reconhecido como competente para o acto pelas leis do Imperio.

São reconhecidos como competentes para celebrarem casamentos no Imperio os sacerdotes catholicos e os ministros das seitas dissidentes. Não póde a lei permittir que qualquer pessoa que se intitule ministro de uma crença nova, esteja autorizada a celebrar casamentos, que no Brazil produzão effeitos civis. Fôra levar muito longe a tolerancia religiosa. Si, por exemplo, qualquer fanatico se apresentasse como ministro de uma nova seita por elle fundada, perante a lei civil não seria valido o casamento que celebrasse.

Se exige em terceiro e quarto logar que ao acto do casamento não seja vedada a presença de pessoa alguma, e que seja assistida por duas testemunhas pelo menos, além do ministro celebrante. Quer dizer que todo o casamento deve ser publico; prohibem-se os casameutos chamados *clandestinos*, de que tanto se abusou em outros tempos, vindo muitas vezes uma concubina, allegando um casamento occulto, tomar o logar da mulher legitima. O concilio de Trento evitou o escandalo não reconhecendo como validos os casamentos clandestinos pela regra *non esse et non apparere idem est in jure.*

Se exige em quinto logar que no casamento não haja algum dos impedimentos reconhecidos pela lei civil. A lei concede effeitos civis ao casamento religioso, mas sob a condição de respeitar-se a moralidade publica. Supponha-se um casamento entre irmãos, ou um segundo casamento, não estando dissolvido o primeiro; a lei civil não os reconhece.

Art. 639.—A annullação do casamento religioso, para que produza os effeitos civis que della resultão, só póde ser proferida pelo juizo civil.

Digitized by Google

Faz o projecto uma innovação importante. A nullidade do casamento catholico é proferida pelo juizo ecclesiastico. Cumpre confessar que este se acha regularmente organizado no Brazil, mas as seitas dissidentes não têm juizo organizado.

A annullação de um casamento é acto de summa importancia por suas consequencias, e deve ser proferida contradictoriamente, e depois de esgotados todos os recursos legaes.

Art. 640.—A lei religiosa define e regula as condições e effeitos espirituaes do casamento, a lei civil define e regula as condições e effeitos temporaes delle.

As autoridades civil e religiosa são ou devem ser dous poderes independentes: um regula os interesses temporaes, outro os espirituaes. A lei ecclesiastica, por exemplo, não permitte o casamento entre parentes no terceiro gráo sem a necessaria licença; a lei civil não reconhece esse impedimento. A lei religiosa estabelece grande numero de impedimentos do casamento, a que chama impedientes, a lei civil só reconhece impedimentos dirimentes, e concede effeitos civis ao casamento religioso embora contrahido com qualquer impedimento impediente, que não tenha tido dispensa.

SECÇÃO III

DO CASAMENTO CIVIL

Art. 641.—Aquelles que não puderem, ou não quizerem contrahir casamento segundo o rito de sua religião, poderão celebra-lo pela fórma estabelecida na presente secção.

Aquelles que *não puderem, ou não quizerem*, diz o artigo. O casamento civil, não é obrigatorio, mas facultado a todos, e qualquer que seja a sua religião, tenha ou não religião. Catholicos, scismaticos, judeus, mahometanos, e ainda atheus, poderão casar-se conforme a lei civil.

Digitized by Google

A lei civil nada tem que vêr quanto aos effeitos espirituaes do casamento.

Póde ainda succeder, que certos esposos não possão contrahir o casamento, conforme o rito de sua religião; por exemplo, si a religião, a que pertencerem, prohibe o casamento sem certas solemnidades ou condições, a que se não queirão sujeitar. Póde ainda succeder, que os esposos não tenhão no paiz ministro autorizado a recebe-los em matrimonio. Em qualquer desses casos poderão se casar conforme a lei civil.

Art. 642.—O casamento civil só poderá ser provado por escriptura publica.

Uma das provas mais authenticas é a que resulta da escriptura publica; se diz que a escriptura publica é a prova provada.

O casamento não é contrato, já o dissemos, mas delle resultão direitos e obrigações as mais importantes; é o acto mais serio da vida do homem; sua prova não podia ser outra.

O casamento civil deve ser um acto solemne, e a escriptura publica é de sua substancia nos termos do art. 278.

Art. 643.—Quem pretender casar-se pela fórma estabelecida na lei civil, deverá apresentar ao juiz de paz de sua residencia uma declaração contendo:

1.°—Os nomes, appellidos, idades, profissão, domicilio e residencia dos contrahentes;

2.°—Os nomes, appellidos, idades, profissão, domicilio e residencia dos seus pais, ou si são filhos de pai ou pais desconhecidos.

Paragrapho unico.—No caso de serem menores ambos ou algum dos contrahentes, tambem será declarado, que se casão com o consentimento da pessoa a quem devem pedi-lo.

Neste e nos seguintes artigos se trata das solemnidades do casamento civil. Veremos no art. 652 que estas solemnidades não são essenciaes; têm por fim dar maior publicidade ao acto do casamento e evitar questões sobre a identidade dos nubentes.

A declaração, de que trata o artigo, deve ser apresentada ao juiz de paz da residencia da pessoa, que se pretende casar.

Digitized by Google

O juiz de paz, funccionario de eleição popular, é de presumir-se que terá o necessario criterio para um acto de tanta importancia, como seja a verificação das condições exigidas para o casamento e sua publicação. Ainda taes actos lhe são incumbidos afim de facilitar aos nubentes a sua habilitação, evitando o incommodo de recorrerem a outros funccionarios fóra de suas residencias.

No artigo se diz *residencia* e não *domicilio*. O que se procura verificar é si entre os contrahentes existe algum impedimento, pelo qual se não possão casar; e são em regra as pessoas entre as quaes vivem actualmente, isto é, as da residencia, que melhor podem informar.

Manda ainda o artigo que, no caso de serem menores ambos ou algum dos contrahentes, tambem se declare si casão-se com ou sem a licença das pessoas, a quem compete concede-la.

Se verá no art. 679 que os menores não podem se casar sem consentimento de seus pais; a falta do consentimento traz graves consequencias, como seja regular-se o casamento pelo regimen da communhão legal (art. 689). Deve, portanto, o juiz de paz indagar si foi ou não concedida a licença, e no despacho de habilitação será assim declarado.

> Art. 614.— Si os contrahentes fôrem residentes em districtos de paz diversos, em cada um delles se fará a declaração, de que trata o artigo antecedente.

Si os contrahentes residirem ambos no mesmo districto de paz, basta só uma declaração nos termos do artigo antecedente; mas si residirem em districtos differentes, é obvio que em cada um delles se deve fazer a mencionada declaração; porque póde um dos contrahentes não ser conhecido no districto de paz da residencia do outro.

> Art. 645.— Si o domicilio do contrahente não fôr o da sua residencia, será ainda obrigado a apresentar uma justificação, em que prove não haver entre elle e o outro contrahente impedimento algum para se casarem.

Digitized by Google

O casamento de dous individuos interessa não só suas respectivas familias, como á sociedade. Um casamento contrahido com impedimentos tem funestas consequencias; a sua annullação importa a dissolução de uma familia e a espuridade da prole.

Afim de que haja a maior publicidade e se evitem nullidades, se exige uma justificação de que entre os contrahentes não existe impedimento algum, si o seu domicilio não fôr o logar da residencia.

> Art. 646.—Apresentada a declaração, de que trata o art. 643, fará o juiz de paz affixar em logar publico um edital, que tambem será publicado no jornal de maior circulação, que houver no logar, em que annuncie a pretenção dos contrahentes, com as declarações do referido artigo, convidando as pessoas, que souberem de algum impedimento legal, a virem declara-lo no prazo de 15 dias.

Equivale aos proclamas do casamento catholico, que têm por fim dar-lhe publicidade.

As declarações, de que trata o art. 643, são primeiro publicadas por edital, que será affixado em logar publico. Não diz o art. 646 em que logar, si na casa da residencia do juiz de paz, de suas audiencias, ou outro edificio publico. Fica ao arbitrio do juiz, que escolherá o logar, em que os proclamas possão ter maior publicidade.

Este edital ainda é publicado no jornal de maior circulação, que houver no logar.

> Art. 647.—Decorridos os 15 dias, sem haver denuncia de impedimento legal, e não tendo o juiz de paz conhecimento de impedimento algum, e apresentada a justificação de que trata o art. 645, si fôr caso disso, declarará o mesmo juiz de paz os contrahentes habilitados para se casarem.

Póde no intervallo dos 15 dias dos proclamas apparecer denuncia de algum impedimento; esta póde ser vocal ou por escripto. Póde tambem acontecer que o juiz de paz, independentemente de denuncia, tenha particular conhecimento de algum impedimento. Em qualquer desses casos julgará que os

Digitized by Google

contrahentes não se achão habilitados para se casarem, e declarará qual o impedimento, que existe entre elles.

Este despacho do juiz de paz não é definitivo. No codigo do processo se concederá recurso do despacho, que não julga os contrahentes habilitados para o casamento; é materia que não pertence ao codigo civil.

Art. 648.—Offerecendo-se alguma denuncia de impedimento legal, ou tendo o juiz de paz conhecimento de algum, assim o declarará, especificando o impedimento no seu despacho, e os contrahentes não serão julgados habilitados para se casarem, si o impedimento não fôr declarado improcedente, pelo modo estabelecido no codigo do processo.

No artigo antecedente tratou-se do caso de não apparecer a denuncia de algum impedimento; no art. 648 trata-se do caso de apparecer denuncia. Do despacho que julga os contrahentes habilitados não ha recurso algum. Qualquer que seja a denuncia, ainda que falsa, o juiz de paz não póde julgar habilitados os contrahentes; estes são enviados ao juiz competente afim de mostrarem a falsidade da denuncia. Sem duvida que a questão deve ser decidida pelo juiz de direito com os recursos legaes, como no codigo do processo se determinar.

Art. 649.—A escriptura do casamento poderá ser lavrada por qualquer official publico, para isso competente, que os contrahentes escolherem dentro do Imperio, apresentando-lhe o documento, que prove estarem habilitados para se casarem.

Todo o official publico competente para lavrar escripturas publicas é autorizado a receber os contrahentes em casamento. Lavrão escripturas publicas os tabelliães de notas e os escrivães de paz nos seus respectivos districtos. Com o documento, que prova sua habilitação, podem os contrahentes se casar em qualquer parte do Imperio, onde haja quem seja competente para lavrar uma escriptura publica. Esta faculdade tem especialmente por fim facilitar os casamentos, sendo permittido aos contrahentes escolher em qualquer parte o official publico que fôr de sua confiança.

Digitized by Google

Art. 650.—Serão dispensadas as formalidades, de que tratão os arts. 643, 644, 645, 646 e 647, no caso em que algum, ou ambos os contrahentes estejão em perigo de vida, e queirão celebrar o casamento immediatamente.

As formalidades, de que tratão os artigos antecedentes, podem ser dispensadas nos casamentos, que se chamão *in articulo mortis* : assim tambem decide o direito canonico, dispensando-se os proclamas nos casamentos catholicos. Neste caso excepcional, o official publico é obrigado a fazer o casamento, logo que algum dos contrahentes o exija, sem ser-lhe apresentado o documento de habilitação.

A honra da familia, disse um escriptor, o porvir da prole desgraçada e innocente, a reparação devida á mulher, e sobretudo o respeito, que merece a vontade dos que se achão á beira da sepultura, requerem que não se ponha obstaculo aos casamentos reparadores *in articulo mortis*.

Art. 651.— O instrumento de habilitação, que obtiverem os contrahentes para se casarem, só terá effeito por espaço de um anno.

O impedimento, não existente ao tempo da habilitação, póde sobrevir depois desta ; tornou-se, por exemplo, demente o que se achava já habilitado. Por esta razão a habilitação para o casamento não deve durar por tempo indefinido. O art. 651 só dá effeito ao instrumento durante um anno.

Si muitos annos se passárão sem realisar-se o casamento, é de presumir que os contrahentes, já habilitados, desistirão, de sorte que si resolverem a se casar, poderá o casamento ser tão ignorado, como si não precedessem os proclamas.

Art. 652.— Não se julgará nullo o casamento celebrado com preterição das formalidades prescriptas nos artigos antecedentes; os contraventores incorrerão na responsabilidade criminal, que no caso couber, além de responderem por perdas e damnos, a que derem causa.

Depois de estabelecer circumstanciadamente as formalidades do casamento civil, declara o projecto neste artigo que ainda que,

Digitized by Google

ellas sejão preteridas, todas ou algumas dellas, não se julgará por isso nullo o casamento.

Esta disposição era imprescindivel e de absoluta necessidade. Não ha na vida do homem acto mais importante e de mais graves consequencias que o casamento. Annullado um casamento á prole será espuria, a separação de bens offerecerá vasto campo para interminaveis litigios, rompem-se os laços de uma familia unida durante largos annos; affeições, que por ventura ainda perdurem, é forçoso que se extingão em nome da lei; é uma inversão completa de todas as relações de familia.

Supponha-se um dos conjuges interessado na annullação do seu casamento, ou por especulação pecuniaria, ou porque, sustentando relações illicitas, como frequentemente acontece, pretende abandonar a familia legitima para dar pasto livremente a paixões criminosas, e requer a nullidade do seu casamento pelo facto de não ter sido precedido de proclamas. Não deve a lei animar o crime facilitando os meios, nem estimular as más intenções, os interesses da ambição, com o sacrificio de um conjuge innocente.

Ao casamento devem preceder formalidades externas, para que tenha toda publicidade, mas não serão estas essenciaes para a sua validade. O casamento só deve ser dissolvido por annullação quando contrahido com algum dos impedimentos legaes. O que propriamente constitue o casamento é a união das duas vontades, independente de formalidades, de que se pode prescindir.

> Art. 653.— Passado um anno depois da celebração do casamento, não póde elle ser annullado por motivo de incompetencia do official publico, que houver lavrado a escriptura, ou por preterição das formalidades desta.

Este artigo ainda mais amplia a tolerancia do artigo antecedente. Identica é a disposição do art. 104 do codigo italiano que diz: «Decorso un anno dalla celebrazione del, matrimonio,

Digitized by Google

la domanda di nullita per incompetenza dell uffiziale dello stato civile non è piu ammessa.»

Ainda que a escriptura publica tenha sido lavrada por official publico incompetente, ainda que nella se tenhão preteridos as formalidades legaes, isto é, que não haja escriptura valida, si já tiver passado um anno depois da celebração do casamento, não poderá mais ser elle annullado por essa razão. Antes de passar-se um anno não serão talvez tão estreitos os laços da familia, póde ainda não haver prole e interesses complicados, e a annullação do casamento não terá maiores consequencias, e por isso será permittido a qualquer dos conjuges, ou seus herdeiros, requerer a nullidade pelo vicio da escriptura.

Art. 654.—Na escriptura do casamento, poderão os contrahentes regular o regimen dos bens.

A escriptura, de que se trata, só teve por fim o casamento; mas como é lavrada por official publico competente e com as formalidades legaes, é permittido aos contrahentes na mesma regular suas convenções em relação aos bens, isto é, estabelecer o regimen que adoptão, si o da communhão, si o da separação de bens, ou o dotal.

E' evidente que a este respeito não regula a disposição do artigo antecedente. Si a escriptura é nulla, por exemplo, por incompetencia do official publico, em todo o tempo poderá ser annullada em relação ao regimen de bens, pela regra *nullitas nullitatis est judicis incompetentia.*

Art. 655.— A acção de annullação do casamento civil será intentada no juizo civil.

E' evidente que sendo o casamento civil celebrado de conformidade com a lei civil, sem a intervenção de ministro algum da religião dos contrahentes, sua nullidade deve ser decretada pelo juizo civil.

Digitized by Google

SECÇÃO IV

DISPOSIÇÕES COMMUNS AO CASAMENTO CIVIL E RELIGIOSO

SUB-SECÇÃO I

DA PROMESSA DE CASAMENTO

Art. 656.—A promessa reciproca de futuro casamento não produz obrigação legal de contrahi-lo, nem da direito de exigir a prestação que houver sido convencionada, para o caso de não cumprimento da mesma.

Trata esta sub-secção do contrato conhecido com o nome de esponsaes, a que nega effeitos. E' a promessa reciproca que fazem os contratantes de contrahirem casamento.

A lei de 6 de Outubro de 1784 regula os esponsaes que já erão permittidos pelos direitos canonico e romano.

Para justificar este contrato se diz ser elle o preliminar das nupcias com o fim de tornar solemnes e obrigatorias as vontades de duas familias que se pretendem unir e precaver que os esposos ou essas familias não fiquem ludibriados. Que servem tambem para dar tempo aos esposos de reflectir sobre a importancia e difficuldades do estado em que vão entrar.

No art. 657 ha duas decisões sobre a promessa reciproca de casamento: a primeira, que tal promessa não produz obrigação de contrahi-lo, e a segunda que não dá direito de exigir a pena convencional.

A disposição relativa á promessa é fundada na regra *ad factum nemo compelli potest.*

Nem se póde exigir a pena convencional, porque *inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia abstringi.*

Neste sentido decidem todos os codigos modernos. Na nota ao art. 1067 do codigo portuguez, diz D. Ferreira que o codigo portuguez adoptou o systema geralmente seguido nos codigos modernos, não reconhecendo a irrevogabilidade dos esponsaes,

Digitized by Google

porque essa irrevogabilidade poderia ser o meio de estabelecer coacção, por via da pena convencional sobre os contrahentes que quizessem arrepender-se.

A absoluta liberdade de que devem gozar os nubentes no proprio acto da celebração do casamento, é incompativel com a obrigação contrahida nos esponsaes. Esta obrigação viria a ser a negação da liberdade do contrahente no momento de constituir-se o vinculo matrimonial.

Não convem restringir-se a liberdade do cidadão exactamente no acto em que elle mais necessita ser livre, porque nelle dispõe de seu futuro, de seus destinos, e porque semelhante restricção poderia ser um elemento funesto posto ao serviço da immoralidade contra a innocencia. Por isso já o pontifice Lucio III dizia: *Sponsus qui fidem datam sine justa causa recusat adimplere monendus est, potius quam cogendus; si quidem coacta matrimonia tristes ac infelices exitus habere solent.*

O codigo italiano assim dispõe: « La promessa scambievole di futuro matrimonio non produci obligazioni legale di contrarlo, nè di esequire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medisima. »

Art. 657.—O esposo que houver recebido qualquer donativo sob promessa de casamento, não se verificando este, será obrigado a restitui-lo, ainda que não seja elle quem tenha recusado o casamento.

Logo que o contrato esponsalicio é nullo, e não dá direito de exigir o promettido, não será licito a qualquer dos esposos reter o que houver recebido do outro; de outra sorte ficaria frustrada a disposição do artigo antecedente, todos os contratos esponsalicios se farião com a effectiva entrega da pena convencional. O que é nullo não produz effeito; as arrhas devem ser restituidas *conditione sine causa, aut causa data, causa non secuta.*

A decisão do artigo tem logar ainda que o esposo, que recebeu as arrhas, não seja quem recusou o casamento.

Digitized by Google

A respeito dos esponsaes temos a L. de 6 de Outubro de 1784, que permitte a estipulação de pena convencional:—«Para se evitarem demandas e se facilitarem os meios de haverem as partes o seu direito, quando alguma dellas fica á outra obrigada por todo e qualquer damno, que cause com o seu injusto repudio, poderão os contrahentes definir e ajustar na escriptura dos esponsaes, a quantia que deverá servir de compensação á parte lesa em tal caso.»

Art. 658.—Mas o esposo, que houver recusado o casamento será obrigado a indemnizar o outro das despezas, a que tiver dado causa.

Paragrapho unico.—A acção para haver esta indemnização, prescreve por um anno, a contar-se do dia da recusa do casamento.

Si aquelle, que não cumprio a promessa, deu causa a que o outro, que estava disposto a cumpri-la, fizesse despezas, é de justiça que o indemnize.

Esta acção prescreve em um anno, porque é de natureza tal que convem que se extinga em curto prazo.

Para haver taes despezas judicialmente será talvez necessario á parte prejudicada fazer allegações inconvenientes sobre os motivos do desmancho do casamento, cumpre evitar o escandalo publico incurtando o prazo da prescripção.

SUB-SECÇÃO II

DOS IMPEDIMENTOS DO CASAMENTO

Art. 659.—E' prohibido o casamento:

1.º—Entre os parentes por consanguinidade ou por affinidade licita na linha recta, sejão elles legitimos ou illegitimos;

2.º—Entre os parentes por consanguinidade em 2º grão na linha collateral, sejão elles legitimos ou illegitimos.

Por todas as legislações, e é nosso direito vigente, os impedimentos do casamento se dividem, em impedientes e dirimentes: *impedientes* são os que podem ser dispensados, e

Digitized by Google

dirimentes os que não o podem ser, e annullão o casamento quando com elles contrahido.

O projecto só reconhece impedimentos dirimentes, que annullão o casamento nos termos da presente sub-secção. A lei civil só regula o casamento quanto aos seus effeitos civis. Impedimento, que póde ser dispensado pela autoridade civil ou religiosa, não é impedimento. O casamento é o acto mais importante da vida do homem, já o dissemos mais de uma vez. Seus impedimentos são só regulados pela lei; só devem ser absolutos, e não dependentes da vontade de quem quer que seja, autoridade civil ou religiosa.

Não ha razão que justifique a disposição do codigo civil da França art. 164, portuguez art. 1073 e outros, que conferem ao governo a faculdade de conceder licença para os casamentos entre parentes no 3° gráo. Si o casamento entre tão proximos parentes é contrario á ordem publica, deve ser absolutamente prohibido.

Sobre o art. 164 do cod. francez diz Marcadé: « C'est, selon nous, un mauvais système que celui des dispenses d'empêchement au mariage. Si l'on trouve que le mariage puisse être permis, qu'on le permette d'une manière générale; que si des raisons graves demandent qu'il soit prohibé, qu'on le défende, et qu'on le défende d'une manière absolue.

« Que fait notre legislateur au contraire? Il pose un empêchement, et dit de suite après, qu'il pourra être elevé pour des causes graves. Mais la cause grave la plus fréquente, on le sait, c'est la grossesse de la femme; de sorte que les désordres que l'empêchement devait prévenir deviendront, par une triste contradiction, le moyen de faire disparaître cet empêchement; et ce qui devait arrêter le mal en sera précisément l'occasion. »

A lei da igreja estabelece certas penas espirituaes e temporaes no caso do casamento entre parentes no gráo por ella não prohibido absolutamente, isto é, no caso de haver impedimento impediente entre os contrahentes. A lei civil nada tem que vêr

Digitized by Google

com isso. Si os contrahentes preferem casar segundo o rito de sua religião, devem se sujeitar ás prescripções desta; não se casaráõ sem as necessarias dispensas.

Si duas pessoas se apresentarem casadas conforme o rito da religião catholica, mas sem que os impedimentos impedientes, que por ventura haja entre ellas, tenhão sido dispensados competentemente conforme a lei canonica, perante a lei civil tal casamento se julgará valido, não havendo algum dos impedimentos, de que aqui se trata.

O art. 659 do projecto só prohibe o casamento entre parentes em todos os gráos na linha recta, e só até ao segundo gráo na linha collateral.

Esta prohibição existe em todas as legislações dos povos civilisados, e ainda entre os povos os mais selvagens, com rarissimas excepções. A razão, que se dá geralmente da prohibição, é a repugnancia que deve haver para a cohabitação entre parentes tão proximos; a propria natureza o repelle, e tambem porque a permissão do casamento entre taes parentes, e que vivem em tanta intimidade, não só alimentaria suspeitas sobre a honra das familias, como difficultaria o casamento mais conveniente entre estranhos.

O art. 659 prohibe em primeiro logar o casamento entre parentes por consanguinidade, ou por affinidade licita, sejão elles legitimos ou illegitimos. Quer dizer que entre ascendentes e descendentes, qualquer que seja o gráo de parentesco, é prohibido o casamento, sejão elles legitimos ou illegitimos.

Para ter logar a prohibição, não é necessario que tenha havido perfilhação; o artigo emprega e expressão generica *illegitimos*. Um pai não póde casar-se com sua filha natural, ainda que não a tenha reconhecido.

Tambem não importa que o parentesco seja por consanguinidade ou por affinidade, sendo esta licita. Um filho do primeiro matrimonio, cujo pai tenha fallecido depois de ter passado a segundas nupcias, não póde casar-se com sua madrasta. A razão

Digitized by Google

é porque a dissolução do casamento por morte de algum dos conjuges não extingue o parentesco por affinidade na linha recta (art. 105). Embora o pai tenha morrido, o filho ainda continúa a ser parente de sua madrasta no primeiro gráo da linha recta.

Mas si o casamento do pai dissolveu-se por nullidade, poderá o filho casar-se com a madrasta? O art. 106 decide a questão com uma distincção. Si o casamento foi putativo, não se extingue o parentesco por affinidade; si não foi putativo, extingue-se. No primeiro caso o filho não póde casar-se com sua madrasta, no segundo póde casar-se. Os esposos quando se casárão estavão de bôa fé, ignorando o impedimento; é de razão que continue o parentesco por affinidade; mas si estavão de má fé, é como se não tivesse havido casamento algum.

Pedro teve um filho de um primeiro casamento, enviuvou, e passou a segundas nupcias com sua irmã ignorando o impedimento. Annullado o casamento, o filho de Pedro não poderá casar-se com sua madrasta, porque o casamento foi putativo; si, porém, o impedimento não era ignorado, o filho de Pedro póde casar-se com sua madrasta, porque seu parentesco por affinidade com esta é illicito (art. 106).

Não prohibe o art. 659 o casamento por affinidade em linha recta, senão quando a affinidade é licita, donde se conclue que não é prohibido quando a affinidade é illicita. O que seja affinidade licita ou illicita vem definido nos arts. 109 e 110.

Um filho póde casar-se com uma mulher, que tenha tido relações illicitas com seu pai; e da mesma fórma um pai póde casar-se com mulher, que tenha tido relações illicitas com seu filho.

Comquanto pareça isto repugnante, não podia a lei estabelecer o contrario. De ordinario é difficil a prova das relações illicitas, e a lei deve muito ter em vista evitar processos, principalmente como estes que podem trazer a juizo questões escandalosas e patentear factos vergonhosos, que compromettão a honra e perturbem a paz das familias.

Digitized by Google

Em segundo logar prohibe o art. 659 o casamento entre os parentes por consanguinidade em 2° gráo na linha collateral, sejão elles legitimos ou illegitimos.

Portanto a prohibição é só entre irmãos, porque são só estes que estão no 2° gráo da linha collateral, e quer elles sejão legitimos ou illegitimos, e quer tenha ou não havido reconhecimento dos pais; o artigo usa da expressão generica *illegitimos*, que pela definição do art. 108 comprehende todos os nascidos fóra do matrimonio.

Tambem usa o artigo só da palavra *consanguinidade*, omittindo a *affinidade* empregada no n. 1.° Portanto será permittido o casamento entre cunhados. A dissolução do casamento extingue a affinidade na linha collateral, diz o art. 105: logo por morte do cunhado, por exemplo, cessa o parentesco por affinidade; póde o irmão casar-se com a viuva de seu irmão.

Art. 660.—São impuberes os menores do sexo masculino, que ainda não tiverem a idade de 14 annos completos, e os do sexo feminino, que ainda não tiverem a idade de 12 annos completos.

O projecto define a impuberdade unicamente para determinar a idade, em que começa a capacidade physica para o casamento: é só desta que aqui se trata, e não da capacidade intellectual. Em parte nenhuma mais, tratando dos menores, faz distincção de idades em relação ao sexo. A experiencia mostra que o desenvolvimento intellectual não é mais tardio no homem que na mulher.

O menor póde emancipar-se, qualquer que seja o sexo, logo que complete a idade de 18 annos, nos termos do art. 895. Pedem testar os maiores de 14 annos, qualquer que seja o sexo (art.1668). Pela Ord. L. 3° tit. 42 para o menor varão obter carta de supplemento de idade deve ter completado 20 annos de idade e a mulher basta ter 18.

Pela Ord. L. 3° tit. 81 princ. não podem fazer testamento os menores de 14 annos e as menores de 12. Não podem ser

Digitized by Google

testemunhas em testamento os menores de 14 annos e as menores de 12.

Pelo art. 1654 do projecto não podem ser testemunhas em testamento os menores de 14 annos, qualquer que seja o sexo.

Quanto, porém, á capacidade para o casamento, cumpria que se fizesse distincção de sexos, porque evidentemente a puberdade chega mais cedo nos individuos do sexo feminino que nos do sexo masculino.

Cumpre advertir que a fixação de uma idade para a terminação da impuberdade é pura ficção da lei. Propriamente impubere é aquelle que não tem a capacidade physica para a procreação. A lei, porém, guiando-se pelo que succede commummente, marca uma idade, e não deixa ao juiz o arbitrio de declarar começada a puberdade. E' a razão por que quando a Igreja declara que os impuberes não se podem casar (Cap. 3° e 6° X de disp. impub.) permitte que o ordinario dispense o impedimento *si malitia supplet ætatem.*

Art. 661.— Não podem contrahir casamento os impuberes.

Consequente com o pensamento dominante em relação aos impedimentos do casamento, decide o projecto neste artigo que os impuberes não podem se casar, e este impedimento não póde ser dispensado, como o permittem os codigos modernos.

Quanto á fixação da idade da puberdade, o projecto concorda com a legislação vigente, que é o direito canonico. E' certo que a puberdade não se revela em todos os individuos na mesma idade; porque ora adianta-se, ora se atraza conforme as circumstancias do clima, temperamento dos individuos, e mil outras condições.

Não póde, porém, o legislador deixar a prova da puberdade entregue ás investigações judiciarias sem violação da moral e decoro publico. Por isso convinha estabelecer a puberdade *legal,* adoptando-se uma idade aconselhada pelos principios da sciencia e observações praticas.

Digitized by Google

Não se podia alterar a idade da puberdade marcada no direito canonico, já adoptada por quasi todas as nações, e enradicada nos nossos costumes.

Art. 662.—Ficará revalidado o casamento contrahido pelo impubere:

1.º—Si este, depois de chegar á puberdade, continuar a viver com o outro conjuge 60 dias pelo menos;

2.º— Si, tendo havido separação, antes de findar-se o prazo do numero antecedente, não fôr proposta a acção de nullidade dentro de um anno, a contar-se do dia da separação;

3.º—Si a mulher impubere houver concebido antes da puberdade, ou da separação.

Com quanto o impubere não possa contrahir matrimonio, por se suppôr não ter a necessaria capacidade para a procreação, si succeder casar-se alguem nessa idade, em contravenção á prohibição legal, poderá o representante legal do impubere requerer a annullação do casamento nos termos do art. 673. Si porém, não fôr ella requerida durante a impuberdade, ficará o casamento revalidado nos casos mencionados no art. 622.

O primeiro é si o impubere, depois de chegar á puberdade, continuar a viver com o outro conjuge 60 dias pelo menos.

Todo aquelle que chega á puberdade, é capaz de se casar: logo deve-se julgar revalidado o casamento do impubere quando, tornando-se capaz de casar, não reclama contra o casamento. Era, porém, preciso marcar um prazo para tal reclamação, e o artigo marca o de 60 dias. O pubere, seja o homem ou a mulher, que durante todo esse tempo não se separa do outro conjuge, entende-se que ratificou o casamento. Não se lhe podia conceder termo menor porque cumpre dar-lhe um prazo sufficiente para a reflexão, nem tempo indefinido porque tornar-se-hia arbitrario requerer ou não a annullação do casamento.

Quando o que se casou na impuberdade, usando da faculdade, que lhe concede o art. 662, se separar do outro conjuge nos 60

Digitized by Google

dias depois de chegar á puberdade, deve tratar de fazer effectiva a sua deliberação de annullar o casamento.

Para esse fim o artigo concede-lhe o prazo de um anno a contar-se do dia da separação; isto é no interesse do outro conjuge, que não deve ficar á sua discrição por tempo indefinido. Si durante este prazo não propõe a competente acção para annullar-se o casamento, entende-se que desistio de seu direito, o casamento fica revalidado, e póde o conjuge abandonado requerer o cumprimento dos deveres resultantes do casamento. E' o segundo caso, de que trata o art. 662.

O terceiro caso de revalidação do casamento é quando a mulher impubere concebe durante a impuberdade, ou ainda durante os 60 dias depois de chegar á puberdade, emquanto se não separa do marido. E' facil conhecer-se si a mulher concebeu durante a impuberdade ou emquanto se não separa do marido; temos a regra no art. 738.

E' o caso de dizer-se com o direito canonico: *malitia supplet ætatem*. Si a mulher impubere concebeu antes da puberdade, falháraõ os calculos legaes, antes dos 12 annos já podia ella se casar.

Note-se bem que o artigo declara revalidado o casamento quando a *mulher impubere* concebe durante a impuberdade ou antes da separação; só falla da mulher impubere.

Supponha-se que uma mulher pubere casa-se com um impubere. Ainda que ella mostre ter concebido antes que o marido tenha chegado á puberdade, ou della se tenha separado, não póde obstar que este annulle o casamento. Não é presumivel que uma pubere concebesse de um impubere, e pelo contrario deve-se presumir que o filho não é do marido. O marido impubere, por sua pouca idade, facilmente seria enganado por uma mulher pubere; esta, quando interessada em não annullar-se o casamento, procurará conceber de outrem, que não seja o marido.

Digitized by Google

Art. 663.—Não será permittido segundo casamento emquanto não fôr dissolvido o primeiro.

Art. 664.—O casamento só póde ser dissolvido no caso de sua annullação, ou por morte de algum dos conjuges.

Por dous unicos modos o casamento póde ser dissolvido: 1°, a sua annullação; 2°, a morte de algum dos conjuges. Não ha outros. Sendo annullado o casamento, podem os conjuges se casar de novo. Tambem morrendo um dos conjuges, póde se casar o conjuge sobrevivo.

O projecto quando falla do divorcio só entende a separação de pessoas e de bens; nenhum dos conjuges divorciados póde se tornar a casar.

O divorcio admittido no codigo francez, art. 227, com a faculdade de se poderem casar os divorciados, foi logo abolido na França depois da restauração pela lei de 8 de Maio de 1816 como contrario aos costumes modernos, aos dogmas religiosos e interesses da sociedade civil.

Na exposição dos motives do projecto do codigo italiano assim são refutados os argumentos dos que sustentavão a necessidade de restabelecer-se o divorcio com effeitos de dissolução do matrimonio:

Se diz que a indissolubilidade do matrimonio só nasce das idéas religiosas, e não deriva de um acto de natureza humana e convencional, sendo principio incontroverso na ordem civil, que as obrigações que nascem da vontade dos contratantes, se extinguem da mesma fórma com o mutuo consentimento. Do que se conclue que, sendo o matrimonio um acto da vontade, deve em todo caso ser permittido o divorcio. Esta argumentação não é solida.

Primeiramente, si é verdade que o matrimonio foi declarado indissoluvel pela religião catholica e qualquer outra, não exclue isso que tambem na ordem natural e civil existão motivos bastante graves para ser assim declarado.

Digitized by Google

A indissolubilidade do matrimonio é exigida no interesse da familia e dos filhos, da paz e da ordem social. A religião e o estado estão de accôrdo neste ponto, como em muitos outros attinentes á ordem moral.

Em segundo logar não se póde dizer que o matrimonio seja um contrato só pela razão de fundar-se na vontade reciproca dos contrahentes. O matrimonio não é um contrato como não o é a sociedade civil, segundo pensava Rousseau, mas uma importante instituição social; nasce, é certo, das vontades combinadas do marido e da mulher, mas toma sua força só da autoridade immutavel da lei; é a lei que regula seus effeitos, sua fórma e suas consequencias.

Art. 665.—E' nullo o casamento contrahido por pessoa castrada.

A pessoa castrada é absolutamente incapaz da procreação, um dos fins do casamento. A nullidade do casamento da pessoa castrada é absoluta.

Art. 666.—E' válido o casamento do louco contrahido durante lucido intervallo.

O louco declarado tal e interdicto da administração de seus bens é incapaz de qualquer acto da vida civil, ainda nos lucidos intervallos, porque a lei não o suppõe capaz de prestar consentimento para taes actos. Póde, porém, se casar nos lucidos intervallos.

Os que sustentão que o louco não póde casar-se durante lucido intervallo, partem da falsa idéa de ser o casamento um contrato. O contrato, dizem, é constituido pelo accôrdo reciproco das vontades, pelo *consensus* dos contratantes, logo, não havendo consentimento, não ha casamento.

Já vimos que o casamento não é um contrato, e por conseguinte não deve ser regulado pelas regras deste. O systema

Digitized by Google

das annullações dos actos ordinarios não póde ser invocado em materia de casamento, que tem suas regras particulares. Ao menor, que não póde contratar, é permittido se casar, bastando que seja pubere.

O que se exige para a validade do casamento do louco é que elle possa prestar consentimento na occasião de se casar, exige-se o seu consentimento de facto, o consentimento natural, e não o consentimento legal.

O louco não póde contratar, ainda em lucido intervallo, porque a lei não o suppõe capaz de consentir, e graves serião as consequencias de seus actos.

Disse muito bem um padre da igreja, resumindo a questão: *Aut furiosus habet lucida intervalla, aut non habet. Si habet, tunc, quamvis tum est in intervalla, non sit tutum quod matrimonium contrahat, quia noscit prolem educare; tamen si contrahit, matrimonium est; si autem non potest esse consensus ubi deest rationis usus, non est verum matrimonium.*

Art. 667.—A annullação do casamento do louco, que não foi contrahido durante lucido intervallo, só por elle poderá ser requerida quando recupere a razão, e ficará revalidado:

1.º—Si, depois de haver recuperado a razão, continuar a viver com o outro conjuge 30 dias pelo menos;

2.º—Si, tendo havido separação antes de findar-se o prazo do numero antecedente, não fôr proposta a acção de nullidade dentro de um anno, a contar-se do dia da separação;

3.º—Si houver filho do casamento, ou si a mulher tiver concebido antes da separação.

Como o louco, que não tem lucidos intervallos, não póde comprehender o acto, que vai praticar, por faltar-lhe a razão, por certo nenhuma autoridade religiosa ou civil celebrará seu casamento. As leis canonicas expressamente prohibem o casamento do louco, que não tem lucidos intervallos; já no artigo antecedente fizemos uma citação extrahida de S. Thomas.

Digitized by Google

Póde, porém, acontecer que, não obstante a prohibição, encontre o louco ministro, que o receba em casamento, voluntariamente, ou por erro, ou engano, ou por ignorancia. E' um caso destes que o art. 667 trata de regular.

Diz o artigo que, dado o caso do casamento do louco, contrahido sem ser em lucido intervallo, só elle o póde annullar quando recupere a razão; nem o outro conjuge, nem o representante legal do louco, nem qualquer outra pessoa, ainda que interessada, póde requerer a annullação.

Quanto ao impubere, declara o art. 673 que seu representante legal póde requerer a nullidade do casamento contrahido durante a impuberdade. E' porque o impubere não só não tem a necessaria capacidade para prestar consentimento, como é incapaz para a procreação, inhabil para constituir a familia; mas o louco é capaz para a procreação e para constituir a familia.

O outro conjuge não póde tambem requerer a nullidade do casamento, porque sujeitou-se voluntariamente ás suas consequencias.

Si ao conjuge do louco, que póde ser o mais interessado, não é permittido requerer a annullação do casamento, com muito mais razão não o será permittido a qualquer outra pessoa.

O casamento não é um contrato. O louco póde nelle encontar um allivio ao seu infortunio, no outro conjuge que partilhe seus males pela dedicação, affeição e paciencia; póde ainda o estado de casado ser-lhe salutar, concorrer para sua melhora ou restabelecimento.

A pessoa, que voluntariamente se sujeita a casar-se com um louco, toma implicitamente o compromisso de zelar por sua saude e de melhorar sua sorte partilhando seus soffrimentos. A ninguem será permittido perturbar a paz domestica de dous conjuges, que não se querem separar, e que sujeitárão-se ás consequencias de um casamento anormal.

Pelo casamento o conjuge do louco torna-se seu representante legal (art. 918); curará melhor de seus bens, porque tambem

Digitized by Google

é interessado, e igualmente de sua pessoa, porque se deve presumir que foi a affeição que o levou a communicar seus destinos com os de um desassisado.

Encontrão-se frequentemente casamentos felizes, sendo demente um dos conjuges.

Mas, por outro lado, um louco póde ter sido induzido ao casamento, não pela affeição do outro conjuge, mas pela fraude, por interesses inconfessaveis, por motivos illicitos ou reprovados, de sorte que se tenha abusado de seu estado anormal. Prevendo este caso, providencía o art. 667 que, si o louco recuperar a razão, poderá requerer a annullação do casamento. Só elle, e nesse caso, tem esta faculdade.

Todavia o casamento do louco fica revalidado, ainda que elle recupere a razão, e não poderá mais ser annullado em tres casos.

O primeiro é si, depois de ter recuperado a razão, continuar a viver com o outro conjuge por espaço de 30 dias.

Recuperada a razão, podia elle requerer a annullação do casamento; mas, si o não fez, e continuou a viver com o outro conjuge por 30 dias, é de presumir que quiz revalida-lo. Não se deve deixar o outro conjuge sobresaltado por tempo indefinido, e na incerteza de ser ou não annullado o casamento.

Ainda, si o que foi louco, tendo-se separado do outro conjuge dentro dos 30 dias, não propõe a acção da nullidade do casamento dentro de um anno, fica este revalidado; porque, do contrario, a sorte do outro conjuge ficaria dependente do capricho do conjuge que recuperou a razão.

Si houver filho do casamento, fica este revalidado, e não póde mais o conjugeque recupera a razão annulla-lo. E' o terceiro caso do art. 667.

Tem-se então realizado o principal fim do casamento, que é a procreação. Um filho veio completar a familia, estreitárão-se mais os laços do matrimonio, que já não póde ser dissolvido. Nascêrão novas obrigações. Annullar-se o casamento seria privar

Digitized by Google

esse filho de sua paternidade legitima, a que tem direito. O caso procede ou a loucura seja da mãi ou do pai.

Basta que esse filho esteja só concebido; não é necessario o nascimento. E' regra de direito que o filho concebido reputa-se nascido para todos os effeitos legaes. Basta ainda que esteja concebido até á época da separação. Assim, si o louco recuperar a razão, e 20 dias depois separar-se da mulher, mas esta concebe no 19º dia antes da separação, o casamento fica revalidado. O art. 738 determina o dia da concepção.

Art. 668.—Em todo caso, o casamento do louco, ainda que contrahido durante lucido intervallo, se entenderá feito sob o regimen da separação de bens.

O louco não póde contratar em tempo algum ainda que tenha lucidos intervallos. Do casamento resultão importantes effeitos, e um delles é a communhão de bens quando não ha convenção em contrario. Neste caso a lei faz o seu contrato estabelecendo o regimen da separação de bens. A lei deve acautelar os bens do louco, tanto mais digno de compaixão, quanto seu estado não lhe permitte administrar a sua fortuna. Para uma louca rica não faltará casamento desigual; um marido perdulario em breve desbaratará toda a sua fortuna; para o prevenir se estabelece o regimen da separação de bens.

Pelo art. 1982 no regimen de separação de bens são proprios de cada um dos conjuges o que possuirem ao tempo do casamento e o que depois adquirirem por titulo gratuito; se garante ao louco a sua fortuna ameaçada da dissipação do outro conjuge.

Art. 669.—Póde a mulher requerer annullação do casamento, que contrahio com pessoa physicamente impotente para a procreação, si a impotencia fôr perpetua, incuravel, anterior ao casamento, e era desconhecida da mulher antes de contrahi-lo.

Paragrapho unico.—Não póde mais a mulher annullar o casamento, passado um anno depois de sua celebração.

Digitized by Google

Sendo a procreação um dos principaes fins do casamento, si o marido é incapaz de prehenche-lo, evidentemente o casamento foi contrahido por erro de pessoa, e á mulher deve competir o direito de requerer sua annullação.

Varios requisitos, porém, são necessarios para que a mulher tenha o direito de requerer a annullação do casamento, e são elles os mesmos exigidos pelo direito canonico.

Em primeiro logar a impotencia deve ser perpetua e incuravel. O que soffre de enfermidade passageira, ou que póde ceder aos esforços da sciencia, tem aptidão para contrahir o matrimonio; porque na perpetuidade da união matrimonial poderá cumprir-se o fim da procreação.

Em segundo logar a impotencia deve ser anterior ao casamento. Se a impotencia é posterior, por exemplo, contrahida em consequencia de alguma enfermidade, não tem logar a dissolução do casamento.

Em terceiro logar si a esposa conhecia a enfermidade do esposo e sujeitou-se ao casamento, não tem de que se queixar; mas, si o desconhecia, é de presumir-se que não celebraria o casamento.

Si a mulher, verificada a enfermidade do marido nas condições acima expostas, deixa passar um anno sem reclamação, é de suppôr-se que se resignou á sua sorte, e não póde mais requerer a annullação do casamento.

> Art. 670.— Póde, em todo o tempo, requerer a annullação do casamento o conjuge, que, ignorando o impedimento, casou-se com pessoa aquem, por voto ou estado religioso, era prohibido casar-se.
>
> Paragrapho unico.— Póde o divorcio ser requerido em todo o tempo por qualquer dos conjuges, que conhecia o impedimento ao tempo da celebração do casamento.

Pelo projecto produz effeitos civis o casamento do sacerdote, e em geral de todos aquelles, monges ou freiras, que fizerão voto de castidade perpetua.

Digitized by Google

Nesta subsecção, que trata dos impedimentos do casamento, não se considera como tal o voto religioso. Si um sacerdote se casar conforme a lei civil, o casamento produzirá todos os seus effeitos legaes, como si fôsse contrahido por qualquer outra pessoa. Em consequencia seus filhos serão havidos como legitimos, sujeitos ao patrio poder e com direito á sua successão, como herdeiros legitimarios.

Não é esta decisão contraria aos preceitos da igreja catholica, e em nada offende os seus dogmas. A prohibição do casamento aos sacerdotes não é de direito divino, mas disposição puramente disciplinar da igreja, entendendo esta que o sacerdote não deve ter uma familia para melhor poder cumprir sua missão espiritual. Na igreja grega, não considerada scismatica, ha sacerdotes casados.

A lei civil nada tem que vêr com votos puramente religiosos. Si o sacerdote se casa, sujeita-se ás penas espirituaes, será por exemplo, suspenso de ordens ; mas a lei civil respeita seu casamento com todos os seus offeitos, como qualquer outro.

Será, sem duvida, repugnante aos nossos costumes o casamento de um ministro catholico, que renega seus votos e menospreza o juramento prestado de guardar castidade. Mas ao legislador cumpre principalmente attender aos interesses temporaes, aos interesses da familia e dos filhos, sobre os quaes não deve recahir a culpa dos pais.

Se diz que o sacerdote, por occasião de receber as ordens, contrahe a obrigação formal e publica de nunca se casar, e si revestio-se do caracter sacerdotal de ministro catholico, foi em virtude desse voto. Tal obrigação deve ser respeitada pela lei civil ?

Em regra a promessa de se casar ou não casar, si seguir ou não seguir tal profissão ou tal religião, e tomar ou não tal estado, não é obrigatoria perante a lei civil como contraria á liberdade individual, aos bons costumes e ordem publica.

Digitized by Google

O sacerdote contrahe a obrigação de não se casar, mas só perante o poder ecclesiastico; a lei civil nada tem com seu juramento. Obedecer é um dever puramente moral, cuja infracção o fará incorrer em penas espirituaes. Não ha ahi interesses temporaes offendidos, pelos quaes deva intervir a lei civil. Regular o Estado negocios espirituaes, é exorbitar da esphera de sua missão puramente temporal. Que guardem ou não os seus votos o sacerdote, ou o religioso, nada tem com isso a lei civil.

Eis, porém, um caso em que deve necessariamente intervir o legislador: um sacerdote, um religioso, occulta o seu estado, finge-se secular e casa-se, ignorando o outro conjuge o impedimento da lei da igreja. Foi o casamento evidentemente celebrado com dolo; a mulher não se casaria, é de suppor, si soubesse que ia se casar com um sacerdote ou com um religioso. No estado actual de nossos costumes e das crenças da nação, tal deve ser a presumpção.

Neste caso, diz o art. 670, a lei vê uma pessoa enganada, e lhe permitte a todo tempo requerer a annullação do casamento. Houve erro essencial, que tolheu á esposa illudida a faculdade de livre escolha.

Faculta o artigo á mulher requerer *a todo tempo* a annullação do casamento, porque a influencia do marido, a sujeição da mulher e fraqueza do sexo exigem que o direito de annullar o casamento não prescreva em tempo algum, emquanto viverem juntos. Mas só a mulher, e não o marido nem qualquer outra pessoa, ainda que interessada, póde requerer a annullação.

Si a mulher sabia que se casava com um sacerdote ou religioso, casou-se livremente e não enganada, e não poderá requerer a annullação do casamento. Sabia com quem se casava, e sujeitou-se a todas as consequencias do casamento, á sua indissolubilidade.

Mas, por outro lado, no exemplo figurado, depois de contrahido o casamento ou de passados tempos, brotão no espirito da mulher os escrupulos religiosos; ella se vê unida a um homem

Digitized by Google

que perjurou, que renegou sua crença; que faltou ás promessas prestadas perante um altar, nas mãos de seu superior espiritual. Tambem sua consciencia a tortura, suas crenças religiosas revivecem. Continuar a viver até á morte com um marido que causa-lhe repugnancia, será talvez um sacrificio acima de suas forças. Abandona-lo não póde ella, porque a lei o não permitte.

Em taes circumstancias cumpre que a lei intervenha; esta permitte-lhe o divorcio, mas só o divorcio sem a dissolução do vinculo matrimonial.

E' como decide o paragrapho unico do art. 670: póde o divorcio ser requerido a todo tempo por qualquer dos conjuges, que conhecia o impedimento.

Neste caso tanto o sacerdote como a mulher pódem requerer o divorcio.

E tambem o sacerdote dissemos; porque, embora tenha sido o autor do engano, póde lhe sobrevir posteriormente o arrependimento, podem lhe acudir os remorsos de consciencia pelo desprezo ao juramento prestado, e apostasia de suas crenças religiosas. A lei igualmente intervem em seu favor e permitte-lhe requerer o divorcio, como ainda explica o art. 718 § 2.°

O que fica dito se applica da mesma fórma ao caso em que é uma religiosa que se casa com uma pessoa secular.

Art. 671.— O casamento póde ser annullado pelo conjuge cujo consentimento não tenha sido prestado livremente, ou que tenha sido induzido em erro sobre a identidade da pessoa do outro conjuge.

Paragrapho unico.— Si o erro foi sobre as qualidades pessoaes do outro conjuge, só poderá dar logar á acção de divorcio, conforme a gravidade do erro, e si foi tal que, si fôsse conhecido, não teria logar o casamento.

Apresenta o art. dous casos, em que o casamento póde ser annullado por vicio de consentimento:

O primeiro é quando o consentimento não foi livremente prestado, isto é, si um dos conjuges ou ambos elles fôrão coagidos

Digitized by Google

para o casamento por meio de violencia ou por ameaças, que tolherão-lhe a livre manifestação da vontade.

Sendo o casamento um acto de vontade, é evidente, que, si esta não fôr livre e espontanea, não ha casamento.

O segundo caso de inefficacia do casamento é quando houve erro de identidade de pessoa. Por exemplo, Pedro ajustou se casar com Maria, e apresentão-lhe no altar Bertha, com quem se casa, suppondo casar-se com Maria. Ha erro sobre a identidade de pessoa, e póde Pedro requerer a annullação do casamento.

Mas, si o erro foi não sobre a identidade de pessoa e sim sobre as qualidades pessoaes, não póde o casamento ser annullado. Por exemplo, si Pedro ajustou casar-se com Maria suppondo-a rica ou prendada, e Maria não tem essas qualidades, o casamento não póde ser annullado, visto que casou-se com a pessoa com quem ajustou se casar.

Póde, porém, o erro sobre as qualidades pessoaes do outro conjuge ser tal que, si fôsse conhecido, não teria logar o casamento; neste caso só terá logar o divorcio. Mas é necessario que concorrão as duas circumstancias: gravidade do erro, e que, si fôsse conhecido, não teria logar o casamento.

Os autores citão como exemplo um celebre casamento de uma princeza russa, que casou-se com um supposto principe, e que depois reconheceu-se ser um bandido, condemnado a galés, que se evadira da prisão.

Aos tribunaes compete apreciar as circumstancias do casamento para decretarem ou não o divorcio.

Art. 672.—A acção de nullidade, ou de divorcio, de que trata o artigo antecedente, não poderá mais ser intentada:

1.º—Si, depois de reconhecido o erro, ou restituido o conjuge á sua liberdade, continuar a viver com o outro conjuge 60 dias pelo menos;

2.º—Si, tendo havido separação antes de findar-se o prazo do numero antecedente, não fôr proposta a acção de nullidade ou de divorcio dentro de um anno, a contar-se da separação.

Digitized by Google

Ha dous casos, pelo artigo, em que não podem mais ser intentadas tanto a acção de nullidade do casamento, de que trata o artigo antecedente, como a do divorcio de que trata o seu paragrapho unico.

No exemplo figurado no mesmo artigo, Pedro, depois de reconhecer que se casára com Bertha por engano, continua a viver com esta por 60 dias; não poderá requerer mais a annullação do casamento.

Aquelle que se casou coagido, si, cessada a violencia, continua a viver com o outro conjuge, tacitamente ratifica o casamento, e não póde mais requerer que seja annullado.

A princeza russa, depois de reconhecer que se casára, não com um prinçipe, mas com um bandido, continua a viver com este por 60 dias: não póde mais requerer o divorcio.

Pedro, reconhecendo o erro, separa-se de Bertha, mas deixa passar um anno sem requerer a annullação do casamento: não poderá mais faze-lo. A princeza russa, reconhecendo o erro, separa-se do bandido, mas deixa de propôr a acção de divorcio durante um anno; não poderá mais intenta-la.

Note-se que no art. 672 não se menciona o terceiro caso previsto pelos arts. 662 n. 3 e 667 n. 3, isto é, o caso de ter a mulher concebido.

As hypotheses são muito differentes. Si a mulher coagida, por exemplo, concebe, a sua concepção é o resultado da coacção, e não deve priva-la do direito de annullar o casamento contrahido contra sua vontade.

Da mesma forma, no caso de erro sobre a identidade da pessoa ou sobre suas qualidades, a concepção foi o resultado do erro, e não deve o esposo enganado ser privado do direito de propôr a acção de nullidade do casamento, ou a acção de divorcio, conforme fôr a qualidade do erro sobre a identidade ou sobre as qualidades do outro conjuge.

Digitized by Google

Art. 673.—A annullação do casamento do impubere, durante a impuberdade, póde ser requerida pelo seu representante legal, tenha este, ou não, consentido no casamento; cessada a impuberdade, só póde ser requerida pelo pubere nos termos do art. 662.

Só ao representante legal do impubere é facultado requerer a annullação do casamento deste. Não póde requere-la o impubere, porque obsta-lhe a sua incapacidade, proveniente da menoridade. Si não tem capacidade para se casar, tambem não a tem para dissolver o casamento uma vez contrahido. Não póde ser requerida pelo outro conjuge, por ter este praticado um acto de vontade, e lhe não é licito dissolver um casamento que livremente contrahio. Não se permitte que qualquer outra pessoa a requeira, porque o casamento póde ser posteriormente ratificado, e fôra dissolver uma familia ainda em embryão, em prejuizo do interesse social.

Ao representante legal do impubere, e só a elle é permittido requere-la, por ser a quem se acha confiada a guarda da pessoa e dos interesses do impubere.

O representante legal, excusa dize-lo, é o pai, a mãi, ou o tutor, conforme o impubere se achar debaixo do patrio poder ou da tutella.

Ao representante legal compete esse direito ainda que haja consentido no casamento do impubere, diz o art. 673, e com razão. Um pai, por exemplo, não deve consentir no casamento de seu filho impubere, e, si deu seu consentimento, não só póde, como deve, retira-lo.

Cessada a impuberdade, só ao impubere é concedido requerer a annullação do casamento nos termos do art. 662.

O pubere tem capacidade para casar-se e portanto tambem para ratificar o casamento contrahido durante a impuberdade; e como é um direito pessoal, só a elle é permittido ratificar ou não.

Digitized by Google

Art. 674.—A annullação do casamento, contrahido em contravenção das disposições dos arts. 659, 663 e 665, póde ser requerida por qualquer dos conjuges, e por todo aquelle, que tiver um interesse legitimo e actual.

A nullidade do casamento do impubere, do louco, do impotente, do impedido por voto religioso, do coagido e do enganado nos termos dos arts. 661, 667, 669, 670 e 671, é relativa, estabelecida unicamente no interesse de certas pessoas e em certas circumstancias; não é nullidade estabelecida no interesse da ordem publica, e por isso só a essas partes prejudicadas é concedido o direito de requere-la nos termos do art. 267.

Ninguem, por exemplo, tem legitimo interesse em annullar o casamento contrahido por violencia, mas só o conjuge coagido.

Ha, porém, certos casamentos que são contrarios á moralidade publica, e cuja nullidade é, por conseguinte, absoluta, e poderia ser allegada por qualquer pessoa, ainda que não interessada nos termos do art. 262, si outras considerações de moralidade publica o não vedassem.

Neste ponto de vista o art. 674 deve ser considerado como uma excepção do art. 262. O art. 262 provê sobre a nullidade absoluta em geral, o art. 674 dispõe sobre um caso particular: logo este deve ser uma excepção *ex-vi* do art. 59.

Si o casamento foi contrahido em contravenção das disposições dos arts. 659, 663 e 665, ha, é certo, uma nullidade absoluta, mas por excepção, por considerações de ordem publica, só póde ella ser allegada pelos conjuges e pela pessoa que tiver um interesse legitimo e actual.

Assim, comquanto a nullidade seja absoluta, não póde ser decretada pelo juiz *ex-officio* nos termos do art. 261. Não póde o juiz, por exemplo, negar aos pais o patrio poder a pretexto de nullidade do casamento. Si um marido apresentar-se em juizo defendendo seus direitos maritaes, ou os da mulher, ou os dos filhos, não póde ser repellido com o mesmo pretexto.

Digitized by Google

As nullidades de que trata o art. 674 são :

1.° Ter sido o casamento contrahido entre parentes em gráo prohibido ;

2.° Ter sido contrahido o matrimonio sem dissolução do anterior ;

3.° Ter sido contrahido por pessoa castrada.

A nullidade absoluta destes casamentos só póde ser requerida : 1°, por qualquer dos conjuges ; 2°, por quem tiver um interesse legitimo e actual.

E' certo que a ninguem é permittido allegar a propria falta. *Nemo auditur propriam turpidinem allegans ;* ou ainda : *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet*. Mas devia-se abrir aqui uma excepção quanto aos conjuges. O casamento foi talvez contrahido por uma paixão desordenada, ou na ignorancia do impedimento. E' do interesse dos conjuges fazer cessar o escandalo, que dão á sociedade.

Em segundo logar a acção de nullidade é permittida aos interessados, mas é necessario que estes tenhão um interesse legitimo e actual.

Os filhos de um primeiro casamento, e ainda os parentes collateraes, podem ter interesse em que se annulle o casamento. Em que tempo, porém, lhes será permittido requerer a annullação ? Não em vida dos conjuges, porque então o seu interesse não é actual, e não basta ter um interesse eventual, isto é, por morte dos conjuges. E' indispensavel que o interesse seja do dia da annullação do casamento.

Um filho do primeiro matrimonio tem interesse em que se annulle o casamento, que seu pai contrahio com uma mulher casada, por exemplo ; tem interesse em excluir da herança de seu pai os filhos do segundo matrimonio. Em quanto, porém, o pai fôr vivo, não póde elle receber a parte da herança paterna, que reclamaráõ os filhos do segundo matrimonio, e portanto não poderá requerer a annullação do casamento.

Morto, porém, o pai, abre-se a sua herança, e o interesse do

Digitized by Google

filho do primeiro matrimonio torna-se actual, e lhe é licito requerer a annullação do casamento.

A ninguem mais é permittido requerer a annullação, porque fôra permittir o escandalo de um processo vergonhoso.

Dissemos que os collateraes tambem podião ter um interesse legitimo e actual, mas só no caso de fallecer intestado o autor da herança, a que tenhão direito. Supponha-se que fallece sem testamento o conjuge nullamente casado, sua herança devolve-se aos collateraes, e não aos filhos do matrimonio; aquelles têm interesse legitimo e actual para requererem a nullidade do casamento.

Art. 675.—O casamento contrahido pelo conjuge de um ausente não póde ser impugnado emquanto durar a ausencia.

Durante a ausencia de um dos conjuges não póde o outro contrahir matrimonio, porque não ha certeza da morte daquelle.

E' certo que pelo art. 964 se presume o fallecimento com a auscncia de qualquer pessoa do logar do seu ultimo domicilio ou residencia, sem que della se tenha noticia por espaço de seis annos. E', porém, uma simples presumpção da lei para outros effeitos, como adiante veremos, e o conjuge do ausente não se póde validamente casar sem que tenha cessado a ausencia pela morte deste, legalmente verificada.

Não obstante, supponhamos que se casa o conjuge de um ausente. Como e por quem póde ser impugnado o casamento? Não ha certeza de ainda existir o ausente, e pelo contrario ha presumpção do seu fallecimento. Ninguem, pois, póde impugnar o casamento emquanto durar a ausencia.

Cessada, porém, a ausencia, o casamento póde ser impugnado.

Si cessar a ausencia pela prova da morte do ausente, cumpre saber em que tempo teve ella logar. Si foi antes do 2º casamento, este se julgará valido e produzirá todos os seus effeitos

Digitized by Google

legaes; si a morte foi depois do 2° casamento, torna-se evidente que este foi contrahido com o impedimento do art. 663, e por conseguinte se reputará não ter havido 2° casamento.

Si a ausencia terminar pela prova da existencia do ausente, o segundo casamento não terá effeito.

A ausencia só termina nos casos do art. 991, isto é, nos dous unicos casos acima declarados: 1°, pela certeza da morte do ausente, 2°, pela certeza de sua existencia.

Antes de terminar a ausencia, o casamento do conjuge do ausente produzirá todos os seus effeitos, como si este fôsse realmente fallecido.

Art. 676.—Qualquer casamento, ainda que annullado seja, produz effeitos civis, desde o dia de sua celebração, em relação tanto aos conjuges, como a seus filhos, si houver sido contrahido em bôa fé por ambos os conjuges.

Paragrapho unico.—Procede a disposição do artigo, ainda que, depois da celebração do casamento, ambos os conjuges, ou algum delles, se tenha constituido em má fé.

Trata-se do que se chama casamento putativo, isto é, da união, que não constitue casamento valido, mas que as partes ou só uma dellas julgava ser tal.

A lei pela bôa fé de ambas ou só de uma das partes dá effeitos diversos a esta união, em attenção ao conjuge innocente e aos filhos.

A bôa fé do conjuge consiste na ignorancia do impedimento. Duas pessoas casão-se ignorando que são parentes em gráo prohibido; o casamento é putativo; seus filhos são legitimos, e o casamento produz todos os seus effeitos.

E' sómente ao tempo da celebração do casamento que se exige a bôa fé; e ainda que, depois de contrahido, ambos os conjuges, ou algum delles se tenha constituido em má fé, isto é, tenha vindo ao conhecimento do impedimento, o casamento não deixará de ser putativo. A bôa fé primitiva é bastante, e produz

Digitized by Google

os mesmos effeitos, como si continuasse até ao tempo da annullação. A lei deve ser indulgente neste caso.

A idéa de que a causa da nullidade póde cessar ou ficar ignorada, a esperança de vê-la desapparecer, o temor de expôr um dos conjuges a uma accusação criminosa, a vergonha que possa conter os conjuges em divulgar seu estado, são motivos poderosos de escusa.

Art. 677.—Si um só dos conjuges estava em bôa fè ao tempo da celebração do casamento, só a elle e aos filhos aproveitarão os effeitos do casamento.

Supponha-se que só um dos conjuges se acha de bôa fé, si o homem, por exemplo, occulta o seu primeiro matrimonio, e se casa com segunda mulher, que ignora o impedimento; ou supponhamos o caso previsto pelo art. 670: é nullo o matrimonio; mas a mulher, que está de bôa fé, gozará dos direitos de esposa legitima, tanto a respeito dos filhos como do marido, e os filhos gozarão dos direitos de filhos legitimos tanto em relação ao pai como á mãi.

O marido, porém, não póde reclamar os effeitos civis do matrimonio; não goza dos direitos de esposo legitimo; não tem o patrio poder, nem é herdeiro legitimario dos filhos, apezar destes o serem delle, e de ser regra geral a reciprocidade em materia de successão.

O conjuge de má fé recebe os bens proprios, mas nada tem nos adquiridos pelo outro conjuge.

E' evidente que quando se trata de bôa fé, é quando esta provém de ignorancia de facto e não de ignorancia de direito.

Nos termos do art. 225 a ninguem escusa a ignorancia do direito.

No caso figurado, si a mulher sabia ser casada a pessoa com quem se casou, não poderá allegar a bôa fé a pretexto de ignorar si podia casar com pessoa já casada. *Ignorantia juris neminem excusat.*

Digitized by Google

Art. 678.— Não produzirão effeitos civis:

1.º— O casamento entre o adultero e a pessoa, com quem commetteu o adulterio, si antes do casamento fôrão condemnados pelo crime de adulterio, ou si do adulterio resultou o divorcio;

2.º— O casamento entre o conjuge, que matou ou tentou matar outro conguje, ou foi complice do crime, si fôrão condemnados;

3.º— O casamento, que se annullar por motivo, que era conhecido de ambos os contrahentes ao tempo da celebração do mesmo.

No n. 2° deste artigo ha um grave erro typographico; deve ser redigido assim:

« 2.º— O casamento entre o conjuge, que matou ou tentou matar o outro conjuge, ou foi complice no crime, e o co-autor ou complice do mesmo crime, si fôrão condemnados. »

As decisões do art. 678 são dictadas por motivos de moralidade publica. Repugna na verdade o casamento de dous adulteros e do homicida conjuge de sua victima. O direito canonico vê aqui, dadas certas circumstancias, um impedimento derimente. O art. 678 talvez seja mais rigoroso.

O casamento dos adulteros e do homicida, nos casos figurados nos dous primeiros numeros do art. 678 é indissoluvel; é uma união illicita, a que se negão os effeitos do casamento; perante a lei é um simples concubinato. Não póde ser annullado.

Os filhos não são espurios, mas naturaes, porque o casamento de seus pais, não tendo effeitos civis, não os legitima. Filhos espurios são sómente os incestuosos e adulterinos (art. 114). Portanto nada impede que possão ser perfilhados (art. 753). Não podem reclamar os direitos dos filhos legitimos, nem são herdeiros legitimarios.

Entre os conjuges não nascem os direitos e obrigações da familia; a mulher não é obrigada a prestar obediencia ao marido, nem este lhe deve protecção. A mulher póde contratar e obrigar-se por qualquer fórma independente do consentimento do marido, póde dispor de seus bens, ainda dos immoveis; em

Digitized by Google

uma palavra, póde exercitar todos os actos da vida civil, como si casada não fôsse.

Si o casamento foi precedido de contrato, não tem este validade alguma ; si não houve contrato, não resulta a communhão legal.

Em uma palavra a lei considera tal união como um simples concubinato, sem permittir aos conjuges annullar o casamento para contrahir outro.

Em dous casos não produz effeitos civis o casamento entre os adulteros: o primeiro é si antes do casamento fôrão condemnados pelo crime de adulterio. E' necessario que ambos tenhão sido condemnados e que a condemnação seja anterior ao casamento. Si não houve condemnação, não houve tambem escandalo publico. O adulterio póde ter sido um facto occulto sem consequencias; é necessario que tenha resultado o escandalo, e que a moral publica tenha sido offendida. Só em face de uma sentença de condemnação é que o crime torna-se publico e que repugna o casamento entre os adulteros.

E' necessario tambem que ambos tenhão sido condemnados, porque póde, por exemplo, o adulterio ter sido commettido por violencia, ou dar-se alguma outra circumstancia justificativa do crime.

O segundo caso em que o casamento dos adulteros não produz effeitos, é quando do adulterio resultou o divorcio. Pedro, tendo relações com Maria, casada, deu causa a que o marido desta requeresse o divorcio, e foi este julgado. Maria enviuva e casa-se com Pedro ; tal casamento não produz effeitos civis.

E' necessario que do adulterio tenha resultado o divorcio, porque sem este póde ter havido perdão do conjuge offendido ou consentimento no adulterio, como acontece não raras vezes. O facto póde ainda ter sido occulto e sem escandalo, e por conseguinte sem offensa da moral publica.

Tambem não produz effeitos civis o casamento entre o homicida e o conjuge de sua victima.

Digitized by Google

E' necessario que tenha havido condemnação; porque póde o crime ter sido acompanhado de circumstancias justificativas, que fação desapparecer a responsabilidade; por exemplo, si a morte foi feita em defesa da propria pessoa, etc. Não ha crime, e por consequencia o casamento produzirá todos os effeitos legaes.

No numero 3° do art. 678 ainda se declara sem effeitos civis o casamento, que se annullar por motivos que erão conhecidos pelos contrahentes ao tempo da celebração do mesmo.

No art. 676 já se tratou do casamento putativo, o qual produz todos os effeitos legaes.

E' consequencia que si os esposos estavão de má fé, isto é, si sabião que se não podião casar, tal casamento não tem effeito algum. Os filhos são espurios.

SUB-SECÇÃO III
Do casamento dos menores

Art. 679.—O menor não poderá se casar sem o consentimento de seus pais.

Paragrapho unico.—Si algum destes tiver fallecido, ou estiver impossibilitado de prestar seu consentimento, bastará o do outro.

Quando neste projecto se diz *o menor*, está entendido que não é o emancipado pela definação do art. 819. Um individuo de 19 annos, si achar-se emancipado, não é menor.

O menor não póde casar-se sem o consentimento de seus pais, e a rázão é obvia; não só a impetração da licença é dever de respeito a que têm os pais direito, como ainda devem os filhos pedir seu conselho para o acto mais solemne da vida e de mais consequencias. Os pais por sua prudencia e experiencia poderão melhor conhecer si a seus filhos convem tomar tão grande responsabilidade, como é a do casamento, e si a pessoa da escolha destes é a que mais lhes convem.

Digitized by Google

A licença não é só pedida ao pai, mas tambem á mãi; o art. 679 usa da palavra *pais*. Si o pai estiver ausente, fôr fallecido, é caso de não poder dar o consentimento, e basta o da mãi; e si o mesmo succeder á mãi, basta o consentimento do pai.

Art. 680.—Havendo dissentimento entre o pai e a mãi sobre a concessão da licença, prevalecerá a opinião do pai.

Para o casamento do filho menor não basta o consentimento do pai, existindo a mãi; é um dever de respeito, e o filho o deve tanto ao pai como á mãi, e esta para um acto de tão grande importancia tanto o póde aconselhar como o pai, ou talvez melhor.

Mas si entre o pai e a mãi apparecer divergencia; si o pai consente e a mãi não, o consentimento se entende concedido; si a mãi consente e o pai não, se entende negado o consentimento.

Prevalece a opinião do pai, não porque se deva suppôr a melhor; mas porque na collisão da deliberação entre os conjuges prevalece a opinião do chefe da familia.

Art. 681.—As disposições dos dous artigos antecedentes comprehendem os filhos legitimos e os perfilhados por ambos os pais; mas si só um dos pais tiver feito a perfilhação, só o seu consentimento será necessario para o casamento do filho menor.

Não é só o filho legitimo que deve pedir a seus pais licença para o casamento; igual obrigação têm os perfilhados, porque estes, de alguma fórma, pertencem á familia dos pais, lhes devem respeito e sujeição, e precisão de seus conselhos.

Não succede assim com os filhos espurios. Estes não pertencem á familia dos pais e não podem ser perfilhados; por conseguinte não precisão, por lei, do consentimento delles para o casamento.

Póde succeder que só um dos pais tenha reconhecido o filho; nesse caso basta o consentimento do perfilhante.

Digitized by Google

Si ambos os pais o reconhecêrão, o filho perfilhado deverá obter o consentimento de ambos, e si houver dissentimento entre elles, prevalecerá a opinião do pai perfilhante.

Art. 682.— Na falta ou impedimento dos pais, o menor não poderá se casar sem o consentimento do seu representante legal.

Na falta dos pais abre-se a tutela, e o tutor é o representante legal do menor.

Fazendo o tutor as vezes do pai do menor, é consequente que deva este pedir o consentimento de seu tutor para se casar.

Art. 683.— Prestado o consentimento para o casamento do menor, póde elle ser revogado, em todo o tempo, emquanto se não celebra o casamento.

Póde, por exemplo, acontecer que o pai, depois de ter consentido no casamento, reflicta melhor sobre suas desvantagens, e reconheça seu erro na concessão da licença.

Póde ainda depois de dada a licença sobrevir algum facto, que o leve a retira-la. O esposo, com quem devia casar-se sua filha, tornou-se vicioso, ou commetteu um crime vergonhoso; a esposa, com quem devia casar-se seu filho, prostituio-se.

São occurrencias posteriores, que não permittem que o pai fique ligado irrevogavelmente á sua palavra, depois de ter consentido no casamento. E' a razão por que o art. 683 permitte a revogação da licença emquanto se não celebra o casamento.

Art. 684.— Entende-se que foi dada a licença, quando a pessoa, a quem competia dá-la, não se oppoz ao casamento, de que teve noticia.

Deste artigo se conclue que a negação da licença deve ser expressa.

O pai, que sabe do projectado casamento de seu filho menor, si tem de negar-lhe licença, deve declara-lo. A negação de licença

Digitized by Google

tem consequencias muito importantes, como sejão os effeitos declarados no art. 689, e portanto não deve ser presumida.

Presume-se pelo contrario o consentimento, porque de ordinario os pais approvão o casamento de seus filhos. Quando não julgão conveniente o casamento, só aconselhão para que não se faça, e, si o conselho não é aceito, cedem afinal, apezar de desgostosos; mas em todo caso consentem. Uma denegação formal de licença é rara; os filhos quasi sempre aceitão os conselhos dos pais.

Exigir um consentimento expresso do pai ou do tutor é abrir campo a processos futuros.

> Art. 685.— O casamento celebrado sem conhecimento da pessoa, a quem competia dar a licença para o mesmo, entende-se celebrado sem ella.
>
> Entende-se celebrado da mesma fórma, si o foi, só com o conhecimento da mãi, ignorando o pai.

Logo que a licença para o casamento é necessaria, deve ter delle noticia a pessoa a quem compete concede-la. Como se ha de provar que não houve opposição ao casamento, si este foi ignorado?

Si o pai ignorou o casamento, si não estava presente quando este se celebrou nem teve noticia, entende-se que o desapprovou. Devendo sua opinião prevalecer sobre a da mãi, não basta que só esta tenha tido conhecimento do casamento.

> Art. 686.—No caso em que a licença fôr negada, poderá ella ser supprida pelo juiz.

Podem os pais, ou tutores, negar injustamente licença para um casamento vantajoso ou necessario, talvez reparador da honra violada.

Ha exemplo das funestas consequencias das denegações de licença por capricho ou por interesse. Sacrificão muitas vezes

Digitized by Google

os pais as inclinações legitimas e naturaes de uma filha obrigando-a a um casamento desigual.

E' o principal assumpto dos melhores romances; mas infelizmente ha factos reaes, e que não brotão só no campo da imaginação dos poetas e romancistas.

No preambulo da lei de 29 de Novembro de 1775 se lê o seguinte:

«Sendo-me presente em consulta da Mesa do Desembargo do Paço, que havendo eu pela minha lei de 19 de Junho do corrente anno auxiliado e sustentado a inviolavel observancia da disciplina, louvavelmente excitada pelos prelados ecclesiasticos destes meus reinos, de não admittirem aos matrimonios os filhos e filhas familias, sem o consentimento de seus pais ou de seus curadores, com as penas que são de minha temporal competencia; quando podia esperar-se que, munidos os pais de familias com a força de uma e outra autoridade, para conservarem toda a que têm do poder paternal, farião della, em beneficio dos mesmos filhos, aquelle justo e regulado uso a que ella por sua natureza se dirige; tinha muito pelo contrario mostrado a experiencia, que, esquecidos até daquelles affectos, que inspirão os notissimos principios de direito natural a todos os pais para promoverem os interesses de seus filhos, lhes negavão absoluta e obstinadamente os consentimentos, ainda para os matrimonios mais uteis, correspondentes ás suas qualidades, exercendo no seu domestico e particular poder um despotismo para impedirem os mesmos matrimonios, em notorio prejuizo da familia e da povoação de que depende a principal força dos estados:

«Que, competindo-me como pai commum de meus vassallos, não só moderar os abusos e tyrannias do poder particular; mas tambem o privativo conhecimento das razões por que os pais negão licença para o casamento dos filhos, etc.»

Depois estabelece os recursos permittidos aos menores, quando lhes é injustamente negada licença para se casarem.

Digitized by Google

A fórma do modo do supprimento da licença deve ser regulada no codigo do processo.

Art. 687.—A licença para o casamento póde ser concedida por quem compete concede-la com restricções quanto á entrega dos bens, ou sua administração. Quaesquer, porém, que sejão as restricções, cessarão logo que o conjuge varão completar a idade de 20 annos.

Paragrapho unico.—A disposição do artigo abrange o caso, em que a licença é supprida pelo juiz.

Póde um pai entender conveniente o casamento de um filho menor, mas ainda não o julgar com a necessaria capacidade para tomar conta da administração dos bens. Permitte-lhe o art. 687 nesse caso especial conceder a licença, mas conservar os bens em seu poder, não confiando ao filho a administração.

Um filho póde casar-se logo que complete 14 annos; é capaz para o casamento pelo seu desenvolvimento physico, mas será capaz para administrar os bens? Quotidianamente vêmos o esbanjamento de grandes fortunas confiadas a menores, que se emancipão pelo casamento, como si este tivesse a virtude de em um momento fazer nascer no menor o necessario criterio de discernimento para a administração de seus bens.

Não haverá inconveniente na entrega dos bens ao menor, que se casa, na França e em outros paizes, onde o casamento só é permittido ao menor varão depois de completar 18 annos; mas no Brazil é o casamento permittido ao que completa 14 annos, quando ainda não tem a necessaria habilitação para exercer actos da vida civil.

Será uma providencia salutar permittir que os pais ou tutores na concessão das licenças, que derem para o casamento de seus representados, possão fazer restricções quanto á entrega dos bens ou sua administração, afim de esperar-se que estes, com o novo estado, adquirão experiencia e se habilitem para os actos da vida civil.

E' evidente que neste caso cessa o usufructo legal (art. 792).

Digitized by Google

E' de presumir que o menor, que se casa, passando a um estado de trabalhos e sob o peso da familia, se habilite mais cedo para os actos da vida civil, que o menor que se conserva solteiro. Por esta razão o art. 687 dispõe que, quaesquer que sejão as restricções da licença para o casamento, estas cessão logo que o conjuge varão completar a idade de 20 annos, não sendo preciso esperar que complete a idade legal da maioridade. Completando 20 annos,o conjuge varão póde pedir logo a entrega de seus bens.

No paragrapho unico diz ainda o art. 687 que a sua disposição abrange o caso em que a licença é concedida pelo juiz,isto é, que o juiz, supprindo o consentimento do pai ou do tutor, póde tambem conceder a licença com restricções, quanto á entrega e administração dos bens.

Art. 688.—Negada a licença, não poderá mais, depois de celebrado o casamento, ser concedida, ou supprida pelo juiz, salvo unicamente para o effeito de pedir o menor a entrega e administração de seus bens.

A licença negada antes do casamento traz em resultado ficar este regulado pelo regimen da separação de bens; é como si os esposos convencionassem esse regimen. Ora, por interesse de ordem publica, nos termos do art. 1944, depois do casamento o seu regimen não póde ser alterado ou modificado por qualquer fórma.

O casamento não licenciado do menor, sendo contrahido sob o regimen da separação de bens, si a licença depois de negada pudesse ser concedida ou supprida pelo juiz posteriormente, o regimen da separação se converteria em regimen da communhão legal, com infracção do disposto no art. 1944.

Póde, porém, ser concedida ou supprida unicamente para o effeito do menor poder entrar na posse e administração de seus bens.

Digitized by Google

O menor que se casa sem licença fica privado da administração de seus bens até completar 21 annos. Si antes de completar essa idade tiver a necessaria habilitação e lhe convier tomar a administração de seus bens, poderá requerer ao juiz que suppra o consentimento paterno ou do tutor. Isto quer dizer que a prohibição do art. 689 não é absoluta, porque antes do menor completar os 21 annos póde requerer a administração de seus bens.

> Art. 689. — O menor que se casar sem a licença de quem compete dá-la, e sem ella ser supprida pelo juiz, não poderá pedir a entrega e administração de seus bens, emquanto não completar a idade de 21 annos, e tal casamento será considerado como contrahido no regimen da separação dos bens.

O menor que casa sem licença tem pelo direito vigente penas gravissimas: póde ser desherdado e até privado de alimentos, e, ainda mais, não entra na administração de seus bens em quanto não completa a idade de 21 annos (Ord. L. 1° tit. 88 § 19 e L. 4 tit. 88 § 1°).

De ordinario os pais e os representantes legaes dos menores quando negão licença para o casamento, é por não os julgarem sufficientemente habilitados para regerem e administrarem seus bens, e é natural que fiquem privados da administração si casarem sem licença.

Póde ainda acontecer que o casamento de uma menor seja tramado por um seductor só com a mira na sua fortuna; é ainda um prodigo, um esbanjador, um vicioso. Em taes casos não consentirá o pai que os bens de sua filha sejão compromettidos. Não havendo contrato matrimonial, regula, quanto aos bens, o regimen da communhão legal.

O art. 689 providencia sobre este caso, estabelecendo o regimen da separação de bens. O artigo acautela os bens da menor, não os fazendo entrar na communhão legal.

Digitized by Google

Art. 690.—Outrosim, será considerado como contrahido no regimen da separação de bens, o casamento do tutor com pessoa sua tutelada, e do descendente com pessoa tutelada de seu ascendente salvo em ambos os casos precedendo licença do juiz, com conhecimento de causa.

O tutor, fazendo as vezes de pai, póde prevalecer-se de seu poder e abusar de sua autoridade para casar-se elle mesmo com a sua tutelada. Será ainda mais facil ao tutor, dirigindo o espirito fraco e as affeições de sua tutelada, encaminhar suas inclinações para algum seu filho ou descendente, ou as inclinações de seu tutelado para uma sua filha ou descendente.

Para evitar abusos estabelece o art. 690 o regimen da separação de bens em taes casamentos.

SUB-SECÇÃO II

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONJUGES

Art. 691.—Os conjuges devem-se reciprocamente fidelidade, auxilio, soccorro e convivencia.

Não se póde justificar o codigo criminal, quando no art. 250 pune o simples adulterio da mulher, e no art. 251, para punir o do marido, exige elle tenha concubina teuda e manteuda.

Quando se trata do divorcio vêmos nos codigos modernos firmada a mesma distincção. A mulher só póde requerer o divorcio por motivo de adulterio, quando o marido praticar o facto com escandalo publico ou completo despreso da mulher, ou com concubina teuda e manteuda no domicilio conjugal, ao passo que o marido póde requerer a separação pelo simples adulterio da mulher.

Os deveres do marido e da mulher são reciprocos; tanto um como outro são obrigados a manter fidelidade, e não se

Digitized by Google

comprehende que um seja mais do que o outro. Facultar ao marido o adulterio, deixa-lo impune só porque delle não resulta notavel prejuizo á prole legitima, é estabelecer uma desigualdade injusta. Si a lei impõe ao marido a obrigação da fidelidade, a essa obrigação corresponde o direito respectivo da mulher de exigir a reparação no caso de ser violado.

Guardar fidelidade não é dever simplesmente moral do marido; mas obrigação rigorosa. A lei não dá conselhos, não impõe obrigação, que não seja exigivel.

Si os codigos dizem que os conjuges devem-se reciprocamente fidelidade, tem cada um delles direito igual de exigir do outro o cumprimento da obrigação.

Da veniam corvis, graviora columbis.

Como se verá adiante, neste projecto não se faz distincção entre o adulterio commettido pelo marido ou pela mulher. Do simples adulterio do marido resulta para a mulher o direito de requerer o divorcio.

Os conjuges ainda se devem reciprocamente soccorro e convivencia. Si um delles é atacado de molestia grave e contagiosa, não será pelo outro abandonado; é neste caso que mais se torna necessaria a convivencia.

> Art. 692.— O marido é obrigado a proteger e defender a pessoa de sua mulher, e esta é obrigada a obedecer-lhe no que fôr licito, e conforme á moral e bons costumes.

A primeira obrigação do marido é proteger e defender a pessoa da mulher, porque é o chefe e cabeça da familia.

Logo que o marido é o chefe, deve-lhe a mulher obediencia; *mulieres viris suis subditæ sint*, diz S. Paulo. Mas a obediencia, como diz o art. 692, não é cega; si o marido ordenar á mulher que commetta um crime, ou que pratique um acto torpe, ou contra a sua consciencia, cessa o dever da obediencia.

A sujeição ordenada á mulher tem por fim manter a bôa

Digitized by Google

ordem na sociedade conjugal, e não porque por sua condição, por seu sexo, seja ella inferior ao homem. Na sociedade conjugal deve haver um chefe. Si para todos os actos fôsse sempre necessaria a uniformidade das duas vontades, a sociedade conjugal se converteria em anarchia; a mulher, querendo uma cousa e o marido a contraria, si a lei não concedesse a preeminencia a uma das vontades, nasceria a desordem e a desharmonia. Devendo assim a sociedade ter um chefe, naturalmente cumpria que fôsse o marido, como o mais forte pelo sexo, e mais capaz que a mulher, para desempenhar certas funcções.

E' a razão por que, facultando o art. 1940 aos esposos o direito de regularem por contrato antenupcial tudo o que lhes aprouver relativamente aos bens e sua administração, o art. 1942 prohibe que se alterem os direitos, que pertencem ao marido como chefe da familia, e os direitos e obrigações conjugaes consagrados pela lei.

> Art. 693.— A mulher é obrigada a acompanhar o marido em qualquer parte, para onde elle julgue dever transportar-se; mas, conforme as circumstancias, póde o juiz, com conhecimento de causa, eximi-la dessa obrigação.

Sendo o marido o chefe da familia, e sendo a convivencia obrigação reciproca dos conjuges, é manifesto que a mulher deve acompanhar o marido. Toda a pessoa póde mudar livremente seu domilicio (art. 139). Este direito compete ao marido, e a mulher deve acompanha-lo; seu domicilio é o do marido (art. 129). Póde o marido para esse fim usar dos meios coercivos. Será caso rarissimo, mas não é menos um direito marital.

Succederá, talvez, que o marido se queira transportar para logar, em que perigue a saude ou vida da mulher; supponha-se um marido, emprehendendo viagens ao polo, um Serpa Pinto, que pretende explorar os paizes inhospitos da Africa. Supponha-se a mulher administradora de seus bens, e que o marido pretende transportar-se para logar em que lhe é impossivel administra-los.

Digitized by Google

Em taes casos ha motivos poderosos para o juiz a dispensar da obrigação de acompanhar o marido. A obrigação não póde ser levada ao impossivel.

Art. 694.— A mulher goza das honras do marido, excepto daquellas, que fôrem meramente privativas do cargo publico, que elle exerce ou haja exercido, e conserva-as emquanto não passar a segundas nupcias.

O marido não goza, pelo facto do casamento, das honras e titulos da mulher. Não terá o titulo de barão o que se casa com uma baroneza, e pelo contrario a mulher, que se casa com um barão, torna-se baroneza; por morte do marido ainda conserva o titulo, salvo si passar a segundas nupcias.

Art. 695.— O marido é o chefe da familia; a sua decisão prevalece em todos os negocios domesticos.

E' assim necessario, como já se disse, não por ser a mulher, em razão do sexo, inferior ao homem; mas porque na sociedade conjugal é indispensavel haver um chefe, sob pena de degenerar em anarchia.

Art. 696.— Qualquer que seja o regimen do casamento, a administração de todos os bens do casal pertence ao marido, e ainda a administração dos bens proprios da mulher, si, quanto a estes, outra cousa não houver sido convencionada no contrato matrimonial.

Sendo o marido o chefe da familia, necessariamente a elle deve pertencer a administração dos bens do casal. Os bens, de que tem a administração, são os seus proprios, os communs, e ainda os proprios da mulher, si quanto a estes outra cousa não fôr convencionada.

Não podem os esposos em seu contrato matrimonial estipular

Digitized by Google

que a mulher será a administradora dos bens communs e nem ainda dos bens do marido capaz. Póde, é certo, o marido durante o casamento encarregar a mulher da administração de certos bens communs ou de todos elles, e ainda dos proprios delle marido; porque póde nomea-la sua procuradora, mas tal autorização é revogavel a todo tempo (art. 709), por equivaler a um mandato, revogavel á vontade do mandante.

Quanto a seus bens proprios póde a mulher se reservar o direito de administra-los, como lhe permitte o art. 1940, e ainda os bens dotaes podem por ella ser administrados, si assim fôr convencionado (art. 2005). O que não é permittido convencionar é que a mulher administrará os bens communs ou os proprios do marido, porque fôra convencionar que a mulher será o chefe da familia com offensa do disposto no art. 1942.

A uma mulher, que reconhece ser a pessoa que toma por marido, incapaz de administrar seus bens, porque lhe ha de ser vedado convencionar que se reserva a administração delles? Uma mulher solteira que é administradora de seus bens, pelo facto de se casar perde as habilitações, torna-se incapaz de tratar de seus proprios negocios? A mulher pelo facto de enviuvar adquirio novas habilitações, adquirio a capacidade natural, que não tinha durante o casamento?

Por que não poderá ella acautelar para que seus bens não sejão esbanjados por um marido prodigo, não imbecil a ponto de dever ser declarado interdicto, mas reconhecidamente inepto e vicioso?

A disposição do art. 1910 não contraria o disposto no art. 696, e pelo contrario é o seu complemento. Si depois do casamento reconhece a mulher habilitações em seu marido, nada impede que ella possa confiar-lhe a administração de seus bens, mas como a um mandatario; póde retirar-lhe a administração quando o queira, sendo o mandato revogavel á vontade do mandante.

Digitized by Google

Art. 697.—Póde o marido, independente do consentimento da mulher, dispôr livremente dos bens moveis do casal, communs e seus proprios; aliena-los, e obriga-los por qualquer fórma; bem como estar em juizo por questões de propriedade, ou direitos relativos aos mesmos.

Os bens moveis, de que póde o marido dispôr livremente sem o consentimento da mulher são os bens da communhão e os seus proprios, porque de taes bens tem elle a livre administração. Si os bens são proprios da mulher, não os póde alienar sem o consentimento desta (art. 1989).

Como administrador está a cargo do marido promover os interesses do casal, e não póde haver livre administração sem a faculdade de alienar os bens moveis. Si para sua alienáçãc fôsse necessaria a autorização da mulher, o marido a cada passo se veria embaraçado em suas funcções de administrador, e ninguem se animaria a contratar com elle com o receio de evicções; fôra preciso que a mulher estivesse sempre presente á sua administração para consentir na alienação dos moveis.

Este é o direito vigente. Não ha Ordenação, que prohiba ao marido a alienação dos bens moveis, antes por argumento *a contrario sensu* da Ord. L. 4 tit. 48, se entende permittida tal alienação, independente da intervenção da mulher.

Não é só a alienação dos moveis do casal, que é permittida ao marido, mas ainda lhe é facultado obrigá-los por qualquer fórma e estar em juizo por direitos relativos a elles.

Art. 698.— Não prejudicão á mulher as doações feitas pelo marido, sem o seu consentimento, salvo si fôrem remuneratorias, ou de esmolas, não sendo excessivas.

A disposição do artigo concorda com o direito vigente. A Ord. L. 4 tit. 64 dispõe: «Para que os maridos não dêm os bens moveis e dinheiro em prejuizo de suas mulheres, mandamos que, si os maridos derem ou fizerem doação em suas vidas de alguns

Digitized by Google

bens moveis, ou dinheiro, a algumas pessoas sem o consentimento de suas mulheres, que o que assim derem se desconte, quando o matrimonio fôr entre elles separado, na parte e quinhão do dito marido, ou de seus herdeiros. Porém isto não haverá logar nas doações remuneratorias, ou de esmolas, que o marido fizer, porque as poderá fazer dos bens moveis sem o consentimento de sua mulher, salvo si as ditas doações ou esmolas fôrem immensas, porque então ficará seu direito resguardado á mulher, si o tiver para as desfazer. »

Não se annulla a doação feita pelo marido; não se concede á mulher o direito de reivindicar os bens doados pelo marido; se prescreve sómente que taes doações não prejudicão a mulher, isto é, que ao tempo da dissolução do casamento, ou da separação, serão ellas imputadas na meação do marido.

Quaes sejão as doações remuneratorias e de esmolas, não sendo modicas, que se permittem ao marido por conta do casal, o art. 698, assim como a Ordenação, não o declarão e nem o podião declarar. Não póde a respeito haver uma regra certa; fica ao arbitrio do julgador regular si a esmola é excessiva ou não, em proporção da fortuna do doador, conforme a qualidade da esmola, as necessidades do donatario e outras circumstancias.

Quanto ás doações remuneratorias, tambem são ellas á custa do casal.

Negar-se absolutamente o direito de doar á custa do casal, seria muitas vezes injusto e até indecoroso, diz um escriptor. Por mais que se diga que dar é perder, a verdade é que a liberalidade moderada e com causa é uma virtude, e não poucas vezes uma obrigação impreterivel. Ha serviços ou favores, cuja remuneração o interesse do proprio casal aconselha.

Art. 699.—Tambem não prejudicão á mulher, quando praticados sem o seu consentimento, as fianças prestadas pelo marido, e, em geral, quaesquer contratos, por elle celebrados, que de sua natureza só podem ser prejudiciaes.

Digitized by Google

Diz a Ord. L. 4 tit. 60 : « Si algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher, não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens, que a ella pertencerem. »

Tambem não prejudicão á mulher os contratos feitos pelo marido e que por sua natureza só podem ser prejudiciaes, por exemplo, si o marido, por divida alheia, dá em penhor um movel do casal. O caso é semelhante ao da fiança prestada sem consentimento da mulher.

Art. 700.— Qualquer que seja o regimen do casamento, sem o consentimento da mulher, não póde o marido alienar bens immoveis do casal, ou direiros relativos a elles, ou os bens sejão communs, ou proprios de algum dos conjuges ; nem obriga-los, ou onera-los por qualquer fórma.

Em todas as legislações varião as regras relativas aos bens, si são moveis ou immoveis. São estes, em regra, considerados como mais valiosos, por offerecerem maiores garantias, sendo de mais difficil perda ou deterioração.

« Mandamos, diz a Ord. L. 4 tit. 48, que o marido não possa vender, nem alhear bens alguns de raiz sem procuração ou expresso consentimento da mulher, quer sejão casados segundo o costume do reino, quer por dote e arrhas. »

A disposição do art. 700 procede qualquer que seja o regimen do casamento, ou o da communhão, ou da separação de bens, ou dotal, ou os bens sejão communs ou proprios de alguns dos conjuges.

Si os immoveis são communs, pela sua importancia, comprehende-se que não devem ser alienados sem haver accordo de ambas as partes.Si são proprios do marido,ainda no regimen da separação torna-se necessario o consentimento da mulher para sua alienação, porque tem ella direito aos rendimentos, que se reputão adquiridos (art. 1983), e por conseguinte pertencem á communhão.

Digitized by Google

Si os immoveis são proprios da mulher, é evidente que sem o seu consentimento não podem ser alienados pelo marido.

A prohibição ainda abrange a alienação de direitos relativos aos immoveis, como seja a constituição de uma servidão, a concessão do usufructo, o arrendamento, a desmembração dos dominios util e directo. Nem ainda podem taes bens ser hypothecados ou onerados por qualquer fórma.

Art. 701.— Tambem não póde o marido estar em juizo, sendo autor, sem o consentimento da mulher, e sendo réo, sem a citação desta, em causa que verse sobre a propriedade dos ditos bens, ou sobre a posse ou direitos relativos aos mesmos.

Tambem não póde o marido estar em juizo sobre a posse ou propriedade dos immoveis sem a assistencia da mulher.

E' ainda o direito vigente.

Estar em juizo, *stare in judicio*, quer dizer apresentar-se perante um juiz ou tribunal para demandar, quer como autor, quer como réo. A questão judicial interessa a ambos os conjuges, e devem ambos comparecer, ou ser chamados a juizo.

Art. 702.— O consentimento da mulher póde ser supprido pelo juiz:

1.°—Si ella o recusa sem justo motivo;
2.°—Si acha-se impossibilitada de presta-lo.

E' doutrina corrente que o consentimento da mulher póde ser supprido, e neste ponto o projecto tambem nada innovou. Póde ser vantajosa a venda de um immovel, por exemplo, em razão de se achar deteriorado e não ter o casal meios para a sua reparação. Em tal caso é permittido ao marido recorrer ao juiz e requerer autorização para a venda.

Outro caso, em que póde haver supprimento, é quando a mulher se acha impossibilitada para dar seu consentimento, por

Digitized by Google

exemplo, estando interdicta por demencia. Tambem este segundo caso de supprimento é reconhecido na doutrina dos autores.

Art. 703.— Os actos, de que tratão os arts. 700 e 701, praticados pelo marido sem consentimento da mulher, só podem ser annullados:

1.°— Pela mulher;

2.°— Pelos herdeiros da mulher;

3.°— Pelo marido com o consentimento da mulher.

Paragrapho unico.— A acção para a annullação de taes actos prescreve no prazo de dous annos, a contar-se da dissolução do matrimonio, si outra prescripção já se não tiver verificado, conforme as regras geraes desta.

A nullidade dos actos praticados pelo marido sem a intervenção da mulher, nos casos em que é ella exigida, não é absoluta. E na verdade a acção para annullar taes actos é permittida unicamente no interesse da mulher e de seus herdeiros.

Não sendo o acto nullo, mas sómente annullavel, subsiste e produz todos os seus effeitos, emquanto não é annullado, e póde em todo tempo ser ratificado pela mulher.

Os unicos, a quem é facultado requerer a annullação do acto, são em primeiro logar a mulher, em segundo seus herdeiros.

Para requerer a annullação não precisa a mulher de licença ou intervenção do marido; porque a incapacidade da mulher casada cessa no caso especial de acharem-se em opposição seus interesses com os do marido (art. 80).

Podem tambem requerer a nullidade os herdeiros da mulher, pela razão que aos herdeiros passão os direitos do autor da herança (art. 1395).

O marido foi o autor do acto, o que infringio a lei com offensa dos direitos da mulher; não se lhe deve conceder o direito de annullar um acto, que a elle só é imputavel; fôra permittir-lhe allegar em juizo o seu desrespeito da lei. Mas si a mulher consente, póde elle requerer a annullação, entende-se seu procurador; apresenta-se em juizo em nome de sua mulher.

Digitized by Google

A dissolução do matrimonio tem logar por morte do marido ou da mulher, ou por annullação. Si o casamento fôr annullado, a mulher só póde requerer a nullidade do acto praticado pelo marido nos dous annos a contar-se da annullação. Está entendido que é no caso do casamento putativo.

Durante o casamento é de presumir que a mulher não tem a necessaria liberdade para requerer a nullidade de um acto praticado pelo marido; a obediencia, que lhe deve, a impedirá talvez de usar de seu direito; mas, annullado o casamento, suppõe-se-lhe toda a liberdade.

Os dous annos de prescripção não correm ainda que tenha havido separação por meio do divorcio; porque o divorcio não dissolve o casamento, e os conjuges divorciados podem se reunir de novo, si o quizerem (art. 734).

Si o casamento se dissolve por morte do marido, póde a mulher propôr a acção no prazo de dous annos.

O casamento tambem póde dissolver-se por morte da mulher; neste caso compete a acção a seus herdeiros no prazo de dous annos a contar-se da dissolução.

Accrescenta o art. 703, *si outra prescripção se não tiver verificado*. Supponha-se que o marido vende um immovel, e a mulher deixa passarem dez annos sem requerer a nullidade por falta de seu consentimento. Dissolvido o matrimonio, nem a mulher, nem seus herdeiros podem mais requerer a nullidade do acto; porque já outra prescripção se verificou, a de 10 annos, e com titulo entre presentes.

Mas si, por exemplo, o marido falleceu no quinto anno depois da venda do immovel, como ainda não se verificou a prescripção, póde a mulher requerer a nullidade da venda até dous annos a contar da morte do marido.

A prescripção determinada no paragrapho unico do art. 703 é de razão; porque não convem que a validade de um acto destes, praticado na apparencia com toda a legalidade, fique

Digitized by Google

em suspenso indefinidamente. O silencio da mulher durante o largo prazo da prescripção fará suppôr que ratificou o acto.

Art. 704.—Si os actos de que tratão os arts. 700 e 701, fôrem relativos aos bens proprios do marido, só podem ser annullados durante o matrimonio:

1.º—Pela mulher;

2.º—Pelo marido, com o consentimento da mulher.

Paragrapho unico.—Dissolvido o matrimonio, não podem taes actos ser annullados.

Quando o marido aliena os proprios immoveis sem o consentimento da mulher, não lhe deve ser permittido requerer a annullação do que praticou violando a lei; e nem ainda aos seus herdeiros, si fallecer antes da mulher, porque não tendo esse direito, menos o terão seus herdeiros.

Só a mulher póde annullar o acto, por ser ella a unica prejudicada. Si o marido requerer a annullação com o consentimento da mulher, trata de negocio desta com o seu mandatario.

Depois da dissolução do matrimonio, não podem taes actos ser annullados, porque por morte de algum dos conjuges o direito, puramente pessoal, não passa aos herdeiros. Si o casamento fôr dissolvido por annullação, não tem a mulher interesse em annullar o acto, porque o immovel nullamente alienado devolve-se ao patrimonio do marido.

Durante o casamento póde ella requerer a annullação, porque o immovel volta para o casal.

Art. 705.— Estando o marido impedido, ou não presente, e não tendo dado, ou deixado providencias, póde a mulher assumir a administração dos bens do casal, até o regresso, ou cessação do impedimento do marido.

Trata-se de um impedimento ou ausencia temporaria. A disposição do artigo está de accordo com a doutrina vigente.

Já disse Lobão: « Quando o marido é ausente em partes remotas, e em sua ausencia a mulher contrahe dividas necessarias

Digitized by Google

para seus alimentos e dos filhos, bemfeitorias ou compras uteis ao casal, e depois assim se verifica, é o marido obrigado a essas dividas. Não póde, porém, a mulher neste caso alienar bens de raiz, sem autoridade judicial, para remediar essas precisões, ou promover utilidades ; e só quando muito póde alienar os moveis menos uteis, caso que não depende de autoridade judicial. Bem como póde vender as mercadorias expostas á venda, si temer perigo de corrupção, ou perda durante a ausencia do marido.»

O art. 705 resume essas faculdades e limitações, dizendo que a mulher assume a administração, e não tem mais que os poderes de um administrador. Não póde, portanto, arriscar-se em especulações perigosas, comprometter-se em novos negocios ; as suas funcções são as de simples administração.

Tambem o art. 705 torna bem claro que aqui não se trata da ausencia propriamente dita nos termos do art. 951, e que dá logar, conforme o tempo, ou á curadoria, ou á posse provisoria, ou definitiva ; os direitos dos conjuges em qualquer desses casos já se achão regulados.

O art. 705 trata da *não presença* do conjuge, mas em logar sabido, de outra sorte não esperaria o *regresso* do marido.

Da mesma fórma, quando o artigo falla de impedimento, não se entende o impedimento por motivo da interdicção. Estando interdicto o marido, é a mulher tutora, e regulão outras disposições. Aqui trata-se de um impedimento temporario, por exemplo, de uma doença, durante a qual não póde o marido tomar a administração dos bens do casal.

Mas si o marido, tendo-se ausentado, ou si durante o impedimento tiver dado ou deixado providencias sobre a administração dos bens do casal, suas determinações serão observadas, salvo si fôrem deficientes pela superveniencia de algum caso imprevisto.

Art. 706.—Póde a mulher, sem autorisação do marido, praticar todos os actos, para os quaes a lei não exige autorisação.

Digitized by Google

Este artigo é de summa gravidade. Tem-se sempre considerado a mulher casada como incapaz dos actos da vida civil, excepto daquelles, para os quaes a lei a autorisa. O artigo estabelece a proposição inversa : declara a capacidade da mulher, e só a inhibe daquelles actos, que a lei expressamente lhe veda sem a autorisação do marido. Estes constituem a excepção, a capacidade da mulher casada é a regra. Só lhe são vedados aquelles actos, cuja pratica póde offender as attribuições do marido, como chefe da familia.

Dizia Condorcet: « Parmi les progrès de l'esprit humain les plus importants pour le bonheur général, nous devons compter l'entière destruction des préjugés qui ont établi entre les deux sexes une inégalité de droits funeste à celui même qu'elle favorise. On chercherait en vain des motifs de la justifier, par les différences de leur organisation physique, par celles qu'on voudrait trouver dans la force de l'intelligence, dans leur sensibilité morale. Cette inégalité n'a eu d'autre origine que l'abus de la force, et c'est vainement qu'on a essayé depuis de l'excuser par des sophismes. »

A lei romana considerava a mulher casada como si fôsse menor ; e dahi vinha a sua incapacidade legal.

Art. 707.—A mulher não póde estar em juizo, ou como autora, ou como ré, sem autorisação do marido, excepto :

1.°—Nas causas crimes, em que tiver de defender-se ;

2.°—Nas questões, que tiver com o marido, ou em que os interesses deste fôrem oppostos aos seus ;

3.°—Quando tenha de oppôr-se a algum acto praticado pelo marido, ou que este pretenda praticar, e para o qual por lei é necessaria a sua intervenção ;

4 °—Nos actos, que tenhão unicamente por objecto a conservação e segurança de seus direitos proprios e exclusivos ;

5.°—Quanto aos bens proprios, de que, no seu contrato de casamento, se tenha reservado o direito de administrar, ou dispôr ;

6.°—Nos casos de urgencia, não estando o marido presente ;

7.°—Nos mais casos especificados na lei.

Digitized by Google

Sem duvida que o apresentar-se em juizo como autor ou como réo é um dos actos mais importantes da vida civil. A' mulher casada não deve ser permittido comparecer em juizo sem a intervenção do marido. Uma sentença proferida contra a mulher póde trazer graves damnos para o casal.

Ha excepções, e estas dão-se principalmente quando se trata de negocios só de interesse da mulher, e então póde ella comparecer em juizo como autora ou como ré, independente da intervenção do marido. Esses casos de excepção são os que enumera o artigo 707:

1.º—Quando a mulher trata de defender-se em causas crimes.

A defesa é um acto necessario, obrigatorio, que não póde depender da vontade do marido, e torna-se desnecessaria sua autorisação.

2.º—Já no art. 80 vimos que a incapacidade da mulher casada cessa no caso especial da defesa de seus direitos em conflicto com os do marido. Achando-se os interesses do marido em opposição com os da mulher, impôr a esta a obrigação de pedir a autorisação marital para defende-los, é nullificar o direito da defesa.

3.º —Si o marido pretende constituir alguma servidão sobre um immovel do casal, póde a mulher se oppôr judicialmente. Si o marido aliena algum immovel do casal, póde a mulher, independente de sua intervenção, requerer a annullação do acto, nos termos dos art. 703 e 704.

4.º—Si, por exemplo, a mulher trata da especialisação e transcripção de sua hypotheca legal.

5.º—Si a mulher por contrato antenupcial se tiver reservado a administração de seus bens, póde contrahir obrigações, que emanem da administração, e por ellas póde ser demandada em juizo sem autorisação do marido; da mesma fórma, si terceiros se obrigáraõ para com ella, não será necessaria a autorisação

Digitized by Google

marital para em juizo exigir o cumprimento da obrigação. Si seus bens proprios fôrem usurpados, poderá ella reivindica-los.

Si a mulher não se reservou a administração de seus bens proprios, pertence esta ao marido, e por conseguinte é elle quem comparecerá em juizo em defesa dos direitos da mulher.

Quanto aos bens communs ou proprios do marido, a este pertence a administração, e nem o contrario póde ser convencionado no contrato antenupcial, como adiante veremos.

Pelo direito vigente a incapacidade da mulher casada vai a ponto della nem poder defender seus direitos, sem estar autorisada pelo marido.

6.°— Já vimos que, não estando presente o marido, a mulher assume a administração dos bens do casal, e em consequencia póde estar em juizo. Supponha-se que o marido se acha em viagem, e que alguem tenta usurpar algum bem do casal, deverá a mulher consentir que se consumme a usurpação, por não estar presente o marido ?

7.°— Por exemplo, no caso do art. 710, si a mulher póde exercer o patrio poder sobre seus filhos, havidos antes do casamento, ou a tutela de seus ascendentes interdictos, necessariamente deve apparecer em juizo pelos factos da tutela; si administra os bens dos filhos ou dos interdictos, lhe será permittido estar em juizo como autora ou ré, independente da autorisação do marido.

> Art. 708.— A mulher não póde, sem autorisação do marido, alienar bens por qualquer titulo, ou adquirir bens a titulo oneroso, nem contrahir obrigações, excepto:
>
> 1.°— Nos casos, em que a lei especialmente o permitte;
>
> 2.°— Quanto aos bens proprios, de que no seu contrato de casamento se tenha reservado o direito de administrar, ou dispôr;
>
> 3.°— Quanto aos bens, que lhe fôrem doados ou deixados com a declaração de poder delles dispôr livremente;
>
> 4.°— Nos casos de urgencia, não estando o marido presente.

A disposição do artigo é applicação do principio geral estabelecido no art. 696. Qualquer que seja o regimen do

Digitized by Google

casamento, pertence ao marido a administração dos bens do casal; em consequencia, sem autorisação do marido, não poderá a mulher validamente alienar bens por qualquer titulo, fazer doações, venda, troca, renuncia, pagamento, etc.

Conceder tal faculdade á mulher seria crear a anarchia no casal; o marido ficaria privado do direito de administração e da qualidade de chefe da familia.

Tambem não é permittido á mulher adquirir a titulo oneroso sem autorisação do marido, porque tal acquisição equivale a uma alienação reciproca. Para a acquisição a titulo oneroso é necessario que haja a prestação de qualquer cousa, de dinheiro, de bens, ou serviços. Si á mulher não é permittido alienar, tambem não o será a acquisição a titulo oneroso.

Dizendo o art. 708 que a mulher sem autorisação do marido não póde adquirir a titulo oneroso, deve-se *a contrario sensu* concluir que lhe é permittida a acquisição a titulo gratuito sem a mesma autorisação.

Não é esta a doutrina vigente; leva-se a incapacidade da mulher casada a ponto de nem lhe ser licito aceitar uma doação sem autorisação do marido. Qual a razão? E,' se diz, pela reverencia que deve ao marido, de quem é tutelada. Se diz mais que não póde receber uma doação *ne turpem quæstum faciat.*

De que a mulher não autorisada não póde alienar nasce que tambem não póde contrahir obrigações. Diz o art. 2510 que quem contrahe uma obrigação, sujeita ao cumprimento della todos os seus bens presentes e futuros; significa que si o credor não é pago no vencimento da obrigação, tem o direito de fazer vender os bens do devedor até á importancia do que lhe é devido. Si a obrigação é de dar, tem de ser cumprida com a entrega do objecto da prestação. Si a obrigação é de fazer, não sendo cumprida, converte-se na de perdas e damnos, os quaes são prestados por meio de alienação de bens.

Digitized by Google

Da regra geral do artigo ha quatro excepções:

1.ª —Nos casos em que a lei o permitte, póde a mulher não autorisada alienar e contrahir obrigações.

A lei permitte que sem autorisação do marido exerça o patrio poder de seus filhos havidos antes do casamento (art. 710). Exercendo o patrio poder, tem a administração dos bens dos filhos, e por conseguinte contrahirá obrigações na qualidade de administradora, e poderá alienar bens.

2.ª—Si a mulher no contrato matrimonial se reservar o direito de administrar seus bens, é evidente que delles poderá dispôr sem a autorisação do marido.

3.ª—Para adquirir a titulo gratuito, isto é, por doação ou successão, vimos que não precisa a mulher da autorisação do marido. Si o doador ou testador, afim de tornar mais ampla a liberdade, impõe a condição de não administrar o marido a cousa doada ou legada, e concede á mulher a faculdade de dispôr della independente da autorisação do marido, a condição é licita, e em nada offende os direitos maritaes. A vontade do doador ou do testador deve ser cumprida.

4.ª—Si o marido não está presente, póde a mulher contrahir obrigações, como seja para as despezas da familia, e ainda dispôr de bens para esse fim. Mas é necessario que haja urgencia, como diz o artigo.

> Art. 709.—A autorisação marital, nos casos em que é necessaria, póde ser geral ou especial para cada um dos actos, que a mulher pretenda praticar; póde, porém, ella ser revogada pelo marido em todo o tempo, ainda que tenha sido estipulada no contrato de casamento.
>
> Paragrapho unico.—Presumem-se praticados e contrahidos com o consentimento do marido os actos e obrigações da mulher para as despezas diarias da familia.

Póde o marido entregar á mulher a administração de todos os bens do casal e até a dos seus proprios, e autorisa-la a estar em juizo para todos os negocios ou só para algum em particular,

Digitized by Google

porque, pertencendo-lhe a administração, nada impede que elle a delegue á mulher.

Mas a qualquer tempo é permittido ao marido revogar a autorisação, visto que equivale a um mandato. Isto procede ainda que a autorisação tenha sido estipulada no contrato antenupcial; porque do contrario fôra estipular que á mulher ficaria pertencendo a administração do casal, o que é contrario aos direitos do marido, como chefe da familia (art. 1942).

As despezas diarias da casa de ordinario são feitas pela mulher, e por isso qualquer obrigação desta para esse fim se presume feita com a autorisação do marido.

Ha, porém, maridos, que nem essas despezas da familia confião ás mulheres. E' a razão por que o paragrapho unico do artigo diz sómente que taes despezas *se presumem* autorisadas pelo marido.

Art. 710.—A mulher casada não precisa da autorisação do marido:

1º— Para exercer o patrio poder sobre seus filhos, havidos antes do casamento;

2.º—Para exercer a tutela dos descendentes dos mesmos filhos;

3.º—Para exercer a tutela de seus ascendentes interdictos;

4.º—Para as disposições de ultima vontade.

Para quatro actos importantissimos não precisa a mulher casada da autorisação do marido:

O primeiro é para exercer o patrio poder sobre seus filhos, havidos antes do matrimonio.

Estes filhos são tanto os havidos do matrimonio anterior como os naturaes perfilhados, porque sobre todos elles tem a mãi o patrio poder (arts. 773 e 795).

O casamento só deve tornar a mulher casada incapaz para certos actos. A capacidade é a regra, e a incapacidade excepção. Fôra dura a lei que a privasse de cuidar de seus filhos, de zelar na sua educação, de dirigi-los e administrar os seus bens, só pelo facto de se haver casado. A mulher não é pupilla do marido,

Digitized by Google

como dizião os romanos. E' á mãi que compete o patrio poder sobre seus filhos, não tendo estes pai, embora ella se tenha casado: assim o diz a natureza, que não deve ser contrariada pela lei dos homens.

O patrio poder só é exercido pelos pais, os mais ascendentes não o têm, como adiante veremos. E' a razão por que o n. 2° do art. 710 é redigido por outra fórma. A mãi exerce a tutela dos descendentes de seus filhos, e não tem o patrio poder sobre aquelles; adiante notaremos a differença. A mulher casada póde exercer a tutela de seus netos independente da autorisação do marido.

Igualmente não precisa ser autorisada a mulher casada para exercer a tutela de seus ascendentes interdictos. Fôra ainda dura a lei, que privasse uma filha, só pelo facto do casamento, do direito de cuidar de seus pais desassisados.

Finalmente não precisa a mulher casada de autorisação para os actos da ultima vontade. São actos que só produziráõ effeito depois da morte, e por conseguinte em nada offendem os direitos do marido.

Art. 711.—As dividas provenientes do exercicio do patrio poder, ou das tutelas, de que trata o artigo antecedente, considerão-se dividas proprias da mulher, e incommunicaveis.

A mulher póde-se obrigar exercendo o patrio poder sobre seus filhos ou tutela de seus ascendentes interdictos. As dividas que assim contrahir não são em beneficio do casal, e si por acaso, em razão de sua má administração, ou por qualquer outra causa tornar-se responsavel, não deve o marido partilhar a responsabilidade; taes dividas são incommunicaveis. Não é pela autorisação do marido, mas em virtude da lei, que a mulher administra os bens de seus filhos ou de seus ascendentes interdictos; portanto os actos de sua administração não devem prejudicar o marido, que nelles não teve parte.

Digitized by Google

Art. 712.—A' excepção dos casos do art. 710, não póde a mulher casada exercer qualquer tutela, sem autorisação do marido.

A mulher casada não póde contrahir dividas sem autorisação do marido, e por conseguinte sem estar autorisada não póde exercer qualquer tutela estranha.

Do exercício da tutela resultão obrigações. O tutor tem de administrar os bens do tutelado e de cuidar de sua pessoa, e taes obrigações podem comprometter os interesses do casal. Torna-se, portanto, indispensavel a autorisação do marido para a mulher acceitar qualquer tutela estranha.

Art. 713.—Não importa autorisação do acto praticado pela mulher o silencio do marido, salvo si decorrer tempo sufficiente para a prescripção, conforme as regras geraes desta.

Paragrapho unico.—No caso da excepção do artigo, o acto da mulher se julgará titulo habil para a prescripção, ainda que o prescribente tenha tido conhecimento da falta de autorisação.

O silencio não é indicio de consentimento, diz o art. 223, sinão quando a pessoa, que se cala, podia explicar-se e era por lei obrigada a isso. O artigo é applicação desta regra. Mas si decorrer tempo sufficiente para a prescripção, é de presumir-se o consentimento tacito do marido. A mulher vende um bem do casal, sem autorisação do marido; decorrido o prazo legal da prescripção, não póde o marido reclamar.

O titulo passado pela mulher é habil para a prescripção, porque a nullidade do acto, de que se trata, não é absoluta, mas sómente relativa. O acto não é nullo, mas annullavel, e quem contratou com a mulher casada terá razão de suppôr que esta se obrigou com autorisação do marido.

Art. 714.—A nullidade do acto procedida de falta de autorisação só póde ser requerida:

1.º—Pelo marido;

2.º—Pela pessoa, que, de boa fé contratou com a mulher, emquanto o acto não é ratificado pelo marido.

Digitized by Google

§ 1.º—O marido não póde mais ratificar o acto, depois de citado para a acção de nullidade.

§ 2.º— A bôa fé, de que trata o numero 2º, consiste na ignorancia do casamento da mulher.

Como já dissemos, o acto praticado pela mulher, sem autorisação do marido, não é absolutamente nullo, mas annullavel; si fôr ratificado pelo marido, não será mais permittida a sua annullação.

O unico interessado na annullação do acto é o marido; a sua autoridade foi desrespeitada pela mulher, e portanto só a elle deve competir o direito de requere-la.

Nem os herdeiros do marido a podem requerer, por ser um direito pessoal, que não passa com a herança. Foi o marido o unico offendido, e não se trata aqui do interesses pecuniarios; trata-se da offensa de direitos pessoaes, do direito do marido na qualidade de chefe da familia e administrador dos bens do casal.

Tambem não é concedido á mulher requerer a annullação do acto; fôra permittir-lhe allegar a propria falta. Sabia ou devia saber que, sem autorisação do marido, não lhe era licito praticar o acto, e procedendo contra seus deveres, violando os direitos do marido, não deve tirar proveito de sua culpa; não poderá annullar o acto nem durante o casamento, nem depois da sua dissolução.

Além do marido é tambem permittido requerer a annullação do acto á pessoa, que de bôa fé contratou com a mulher, isto é, ignorando ser ella casada.

Do que se conclue que, si alguem contratar com a mulher, sabendo ser ella casada, não póde requerer a annullação do acto; a si deve imputar a imprudencia de contratar com uma pessoa incapaz, e só deve ser desculpado si o ignorava.

Si o acto é ratificado pelo marido, torna-se valido; e portanto aquelle, que contratou com a mulher, não póde mais requerer sua annullação, ainda que contratasse de bôa fé.

Digitized by Google

E' de razão que quem contratou de bôa fé possa requerer a annullação do acto ; porque o seu direito acha-se suspenso, e a qualquer momento póde ser incommodado pelo marido, a quem só compete o direito de requerer a annullação.

O que contratou de bôa fé tem direito de requerer ou não a annullação do acto ; logo que o requerer, não será mais permittido ao marido ratifica-lo. Este teve tempo sufficiente para a ratificação, e não deve ficar a seu arbitrio ratificar um acto, quando a outra parte já tenha proposto a acção em juizo, e adquirio o direito de discutir a nullidade do acto.

Art. 715.— Annullado o acto da mulher, por falta de autorisação, é devido o proveito, que a ella, ou ao marido, ou a ambos, tenha resultado do acto annullado.

A Ord. L. 4 tit. 48 assim dispõe : « E em todo o caso, onde a mulher demandar a cousa vendida por seu marido, ou o marido fizer a demanda com o consentimento da mulher, si o comprador requerer que lhe torne ella o preço, que deu por a cousa, mandamos que si o preço que o marido recebeu foi convertido em proveito della, assim como delle, ou por qualquer maneira ella houve communicação do preço, a cousa assim vendida não lhe seja entregue, salvo tornando ella o preço, que por a cousa foi dado, ainda que o comprador fôsse sabedor que o vendedor era casado ao tempo da venda. Porque não seria cousa razoada ter ella o proveito do preço e levar a cousa inteiramente sem a pagar.

« E si ella não tiver proveito do preço, não será obrigada a o tornar, e a cousa lhe será todavia entregue. Porém si o comprador não soube e nem teve justa razão para saber, que ao tempo da venda o vendedor era casado, poderá pedir ao vendedor o preço que deu pela cousa comprada.

« E no caso onde o comprador ao tempo da venda soube, ou teve justa razão para saber, que o vendedor era casado, e

Digitized by Google

não lhe pedio outorga da mulher para a venda, não lhe poderá pedir o preço, que lhe deu pela cousa comprada, mas perde-lo-ha, pois comprou a cousa de raiz sem outorga da mulher do que sabia ser casado, e tornar-lhe-ha ainda os fructos, que houve dessa cousa no tempo, que a teve depois da compra feita, tiradas as custas, que se fizerão pela razão dos fructos. »

A disposição do art. 715, resumindo o alterando a Ordenação citada, é applicação do principio geral estabelecido no art. 84 : Ninguem se póde locupletar com o prejuizo alheio.

Si a mulher applicou o preço da venda, que fez, na sustentação dos encargos do matrimonio, com toda razão o casal deve ser responsavel.

SECÇÃO V

DO DIVORCIO

Art. 716.—São causas para o divorcio sómente :

1.°—O adulterio de qualquer dos conjuges;

2.°—Offensas graves praticadas por um dos conjuges na pessoa, ou honra do outro;

3.°—No caso do paragrapho unico do art. 670;

4.°—No caso do paragrapho unico do art. 671, salva a disposição do art. 672;

5.°—Si um dos conjuges voluntariamente abandona o outro, não sendo por alguma das causas dos numeros antecedentes.

O projecto em caso algum permitte o divorcio no sentido da dissolução do matrimonio; este só póde dissolver-se por morte de algum dos conjuges e no caso de annullação (art. 664). O divorcio aqui se entende no sentido da separação de pessoas e de bens; suspende-se apenas a vida commum dos conjuges, subsistindo indissoluvel o vinculo matrimonial. Ha separação perpetua de bens e de pessoas, mas não dissolução do matrimonio: é o que se chama separação *quoad thorum et mutuam habitationem*.

O divorcio póde ser, por direito vigente, por tempo determinado, ou sem designação de prazo, segundo as causas são de

Digitized by Google

natureza a cessarem em certo tempo ou em qualquer tempo, ou dão direito a uma separação perpetua. A separação temporaria tem logar quando ha esperanças de que cesse a causa, pela qual foi permittida, e neste caso não ha separação de bens, continuando o marido com a sua administração.

Tambem ainda reconhecem alguns escriptores que póde haver separação de bens sem a separação de habitação, e os codigos modernos o permittem.

O projecto, porém, não faz essas distincções. Só reconhece uma fórma de divorcio, perpetuo e com separação de bens e de pessoas; neste caso os bens se dividem, como si o casamento fôsse dissolvido. Não ha nisto inconveniente, visto que em todo o tempo podem os conjuges se reconciliar (art. 734) e continúa a sociedade conjugal no seu regimen primitivo.

Quanto á separação de bens, sem separação de pessoas, por perigarem os interesses da mulher com a má administração do marido, que alguns codigos reconhecem, tambem não é permittida pelo projecto.

Esta separação, simplesmente judicial, não tem vantagem alguma, é offensiva dos direitos do marido na qualidade de administrador do casal, e dá causa a litigios, creando a desharmonia entre os conjuges.

Si o marido dissipa os bens do casal, ha o remedio de requerer sua interdicção por prodigalidade, sem necessidade de separação judicial, que só serve para embaraçar sua administração.

O art. 716 começa pelas palavras: *são causas do divorcio sómente*. No interesse do matrimonio fixou precisamente as causas que podem dar logar ao divorcio; não ha outras, são taxativamente as enumeradas.

Os canonistas ainda enumerão outras causas de divorcio além das do projecto; mas o divorcio é um grande acontecimento na vida conjugal, que não só rompe a vida commum, como produz graves consequencias em relação aos bens, e não se deve facilita-lo multiplicando suas causas. O projecto, neste espirito, restringe

Digitized by Google

muito o direito de requerer o divorcio, limitando as suas causas e reduzindo-as sómente a cinco, que são as encerradas no art. 716.

A primeira causa para o divorcio é o adulterio de qualquer dos conjuges. E' tambem o que estatue o direito canonico, e com toda a razão. Não decidem assim a maior parte dos codigos modernos. Ao passo que considerão o simples adulterio da mulher como causa para o marido requerer o divorcio, para que a mulher tenha o mesmo direito exigem que o adulterio do marido seja com escandalo publico, ou completo abandono da mulher, ou com concubina teuda e manteuda no domicilio conjugal.

Tambem nosso codigo criminal no art. 250 pune o simples adulterio da mulher; e só pune o do homem quando tenha concubina teuda e manteuda.

O projecto adopta o direito canonico como o mais justo e razoavel. Devem competir á mulher os mesmos direitos que ao marido. Sobre esta desigualdade já dissemos o que pensamos, e não repetimos.

A segunda causa do divorcio são as sevicias, ou, como se expressa o art. 716, as offensas graves praticadas por um dos conjuges, seja o marido ou a mulher, na pessoa ou honra do outro.

Note-se que é essencial que as offensas sejão graves. A lei não póde definir qual seja a offensa grave; fica dependente da apreciação do julgador conforme a qualidade das pessoas e natureza das offensas. A offensa feita com um instrumento aviltante não deixa de ser grave, quando acompanhada da intenção de injuriar. *Si tanta sit sævitia*, diz o papa Innocencio III, *ut mulieri trepidante non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potius amoveri.*

As offensas podem ser na pessoa ou na honra do outro conjuge; uma injuria será talvez mais sensivel que uma offensa grave corporea. A injuria feita a uma mulher de pejo, que se julgue offendida em sua honra, a rebaixa perante os filhos e domesticos, e a expõe ao seu despreso.

Digitized by Google

A terceira causa do divorcio é a do paragrapho unico do art. 670. Já tratámos deste caso no commentario do artigo. A' mulher que casa-se com um sacerdote podem posteriormente sobrevir os escrupulos proprios de suas ideias religiosas; terá amargurado o resto de sua vida, si lhe não fôr permittido o divorcio.

A quarta causa do divorcio é a de que trata o paragrapho unico do art. 671. Já tambem tratámos desta causa no commentario do mesmo artigo.

A quinta causa é quando algum dos conjuges voluntariamente abandona o outro.

Vimos que uma das principaes obrigações dos conjuges é a da convivencia, e mais se devem reciprocamente auxilio e soccorro. Si a mulher deixa a casa conjugal, embora viva honestamente, não cumpre a obrigação da convivencia, e ao marido compete a acção de divorcio.

O abandono só se justifica dando-se alguma das causas dos quatro primeiros numeros do art. 716. A mulher abandona o marido por ter este commettido adulterio, ou por a ter offendido gravemente; abandona-o por ser religioso professo, ou porque por engano casou-se com um bandido, suppondo que se casava com um homem honrado; o abandono em qualquer desses casos não é causa de divorcio.

Art. 717.— O adulterio não será causa para o divorcio:

1.º— Quando praticado por qualquer dos conjuges sem conhecimento do acto ou por erro, ou violencia, ou medo irresistivel;

2.º— Quando um dos conjuges concorreu directamente para que o outro o praticasse;

3.º— Quando houve perdão expressa ou tacitamente;

4.º— Quando praticado pelo conjuge, que foi abandonado pelo outro sem dar-se alguma das causas do artigo antecedente.

Enumera o artigo diversos casos, em que o adulterio não dá causa ao divorcio.

Digitized by Google

O primeiro é quando commettido sem conhecimento do acto, por exemplo si a mulher commetteu adulterio no estado de somnambulismo, ou debaixo da acção de alguma substancia narcotica, que lhe seja ministrada.

O adulterio é commettido por erro, por exemplo, sendo recebida no leito outra pessoa que não seja o verdadeiro conjuge. *Si latenter cognita est ab alio sub specie viri lectum subintrante,* diz S. Thomaz.

O adulterio é commettido por violencia, como no caso de Lucrecia violentada por Tarquinio. *Mirabilé dictu,* exclama S. Agostinho, *duo fuerunt, et adulterium unus commisit.*

O adulterio é commettido por erro irresistivel, conforme a definição do art. 332.

Tambem não é o adulterio causa para o divorcio, quando um dos conjuges concorreu directamente para que o outro o praticasse. O adulterio de um dos conjuges não autorisa o do outro : não é deste caso que trata o art. 717, mas quando um conjuge prostitue o outro, ou por consentimento delle commette adulterio. *Quando ipse ei occasionem fornicandi dedit. Si ipse uxorem prostituerit. Nec potest adulterium objicere qui eam adulterandam tradidit,* diz S. Thomaz.

Tendo havido perdão tacito ou expresso deixa o adulterio de ser causa para o divorcio. Se diz que o perdão é tacito quando o conjuge offendido, sabendo do adulterio do outro, não se separa e continúa a cohabitar com elle. *Si reconciliavit eam sibi post adulterium perpetratum carnaliter eam cognoscens.*

Quando o adulterio é commettido pelo conjuge abandonado, não é causa para o divorcio, si o abandono não é justificado por alguma das causas do art. 716. Ainda é esta a doutrina dos canonistas.

Deberet enim uxor potius ommia mala sustinere, quam adulterium committere. Secus autem esse dicendum, si maritus injustè expulsisset uxorem a domo, vel debitum conjugale aut necessaria alimenta negasset ea intentione, ut ob necessitatem adulterium derpetraret.

Digitized by Google

Art. 718.—Só podem requerer o divorcio:

§ 1.°—O conjuge offendido nos casos dos numeros 1°, 2° e 5° do art. 716.

§ 2.°—Qualquer dos conjuges, no caso do art. 670, paragrapho unico.

§ 3.°—O conjuge enganado no caso do art. 671, paragrapho unico.

Art. 719.—Ainda que o conjuge seja incapaz, ninguem póde por elle requerer o divorcio.

O direito de requerer o divorcio é personalissimo. Ainda que o conjuge seja incapaz, a ninguem será permittido requerer por elle. Não se trata sinão incidentemente de interesses pecuniarios.

Ainda que a mulher de um louco tenha commettido adulterio, ninguem póde por elle requerer o divorcio. Um processo de divorcio revela ao publico factos, que devião ficar perpetuamente sepultados no segredo do lar domestico; é um escandalo social, que offende a moral publica. O divorcio é só permittido como remedio necessario, extremo; é a razão por que suas causas são especialissimas.

Muitos conjuges soffrem em segredo e calados as tyrannias do outro conjuge, brutal em suas infidelidades, afim de evitarem a vergonha propria e o escandalo social. E' principalmente sobre os filhos que vem a recahir a vergonha do divorcio de seus pais.

Art. 720.—O conjuge demandado não póde illidir a acção de divorcio, allegando que tambem o póde requerer por alguma das causas do art. 716.

Neste ponto o projecto se aparta do direito canonico.

Por direito canonico o conjuge adultero não póde requerer o divorcio por causa do adulterio do outro conjuge.

Si notorium est mulierem adulterium commisisse, ad eam recipiendam vir cogi non debet, nisi constaret eum cum alia adulterium commisisse. Quid cúm paria crimina compensatione mutua deleantur, vir hujusmodi fornicationis obtenta suæ uxoris

Digitized by Google

nequid consorcium declinare. Nihil iniquius esse quam fornicationis causa dimittire uxorem, si et ipse convèncitur fornicari; occurrit enim illud Apostoli ad Romanos cap. 2, n. 1°-in quo enim alterum judicas, te ipsum condemnas, eadem agis, quæ judicas. Quando uterque fornicatur, divortium celebrari non potest. (S. Thomaz).

O art. 720 do projecto não admitte a regra—*paria crimina compensatione mutua deleantur.*

A mulher, que faz injurias graves ao marido, diz um escriptor, não póde, com o fundamento dessas injurias, requerer o divorcio; mas si delle recebeu outras injurias graves, bem póde requerer o divorcio por esse motivo, sem que ao marido seja licito illidir a acção com o fundamento de que a mulher tivera para com elle comportamento igual ao que lhe argue.

Desde que a algum dos conjuges é inconveniente continuar em uma união infeliz, não póde a sociedade impôr-lhe, sem offensa dos principios de moral, o sacrificio da continuação de uma união violenta e desgraçada.

E' absurdo admittir o divorcio, quando só um dos conjuges der causa a elle, e não quando ambos a derem. E' admittir como inconveniente o menos, e não o mais.

Transcrevamos Marcadé: « Quand les deux époux voient l'un et l'autre leur vie continuellement en danger, quand chacun d'eux se porte habituellement contre l'autre aux derniers excès, il fraudrait dire qu'ils n'ont pas le droit de se séparer légalement! S'il n'y avait danger que pour la santé ou la vie d'un d'eux, vous vous empresseriez d'y porter remède; et parce que le danger est double, parce que l'existence de tous deux est compromise, il n'y aura rien a faire! Quand le mari vient demander à rompre la vie commune, pourquoi son propre délit le rendrait-il non recevable? Est-ce que la haine mutuelle de deux époux soit moins profonde et donnera lieu à moins de dangers? Evidemment non. »

Ambos os conjuges derão causa para o divorcio, que ambos o requeirão. Responda o réo á acção do autor com um pedido

Digitized by Google

reciproco. Os dous pedidos em vez de se destruirem pela compensação, corroborarão um ao outro. Por esta fórma se põe termo aos infortunios dos dous conjuges.

Art. 721.—Não póde ter logar o divorcio por mutuo consentimento das partes. A acção deve ser processada e julgada no juizo civil, com a intervenção do agente do ministerio publico.

Assim dispõe o direito canonico.

A união dos conjuges, como a indissolubilidade do matrimonio, são de ordem publica, e nem uma nem outra podem ficar a arbitrio das partes. Ha interesses sociaes e de grande monta, e interesses de familia, sobre os quaes a lei deve providenciar.

A obrigação de vida commum, que prende os conjuges, diz um escriptor, não se regula exclusivamente pelo direito particular. Pelo contrario o seu principal fundamento são os principios de moralidade e ordem pnblica. Por isso não póde interromper-se a sociedade conjugal sem uma sentença, que em nome do poder publico decrete essa interrupção, aliás a sociedade conjugal e os seus mais caros interesses ficarião entregues ás paixões e ao capricho dos conjuges malavindos, ou já enfadados do cumprimento de seus deveres.

Art. 722.— Não se communicão os bens, que advierão a qualquer dos conjuges, depois de proposta em juizo a acção de divorcio, si esta afinal foi julgada procedente.

A sentença não dá direito, é simplesmente declaratoria; declara o direito sobre que contendem os litigantes; é a razão por que tem effeito retroactivo ao dia em que foi a acção proposta em juizo. O condemnado a entregar qualquer cousa é constituido em mora do dia em que foi citado para a entrega; desse dia em diante é considerado possuidor de má fé e restitue os fructos.

A sentença, que julga o divorcio, deve ter os mesmos effeitos. Ella declara que os conjuges, desde o dia em que foi proposta

Digitized by Google

a acção, tinhão direito a se julgarem separados os bens ; os seus effeitos, pois, devem retrotrahir ao dia da proposição da acção.

A doutrina vigente não está de accôrdo com a decisão do art. 722. Dizem os escriptores que os bens adquiridos, ainda depois da sentença, até á effectiva partilha do casal communicão e entrão nesta, posto que adquiridos pela industria dos conjuges. A razão que dão é porque se presumem adquiridos com os bens communs.

Si fôrão adquiridos com os bens communs, não ha questão. Mas os bens, que advierão aos conjuges por doação, successão, ou fôrão adquiridos por sua simples industria, não é de razão que se communiquem.

Art. 723.— Julgado o divorcio, cessão entre os conjuges os direitos e obrigações resultantes do casamento ; qualquer delles póde requerer a separação dos bens e partilhas, segundo o regimen adoptado, como si o casamento fôsse dissolvido, por morte de qualquer delles.

E' este o principal effeito do divorcio. Comquanto se não dissolva o vinculo matrimonial, os conjuges separados continuão a viver como si entre elles não houvesse casamento algum ; a mulher não é obrigada a prestar obediencia ao marido, e nem se devem reciprocamente soccorro e auxilio.

Si um delles cahir na miseria, não é o outro obrigado a prestar-lhe alimentos, salvo si fôrem parentes, porque então serão elles devidos por direito de familia.

Qualquer dos conjuges poderá requerer a separação de bens, conforme o regimen do casamento. Em uma palavra, é como si o casamento se dissolvesse por morte de qualquer delles.

Art. 724.—As partilhas poderão ser amigaveis, salvo se algum dos conjuges se tiver tornado incapaz.

Póde acontecer que depois da sentença do divorcio algum dos conjuges se torne incapaz, si, por exemplo, cahir em demencia.

Digitized by Google

Neste caso o inventario e partilhas não podem ser amigaveis, e se farão com a assistencia do representante legal do demente.

Art. 725.—Havendo filhos menores, o juiz resolverá a respeito delles, si os conjuges não accordarem.

Julgado o divorcio é aos conjuges que compete providenciar sobre os filhos. Embora desavindos e separados, como si casados não fôssem, não se deve suppôr ter-se extinguido nelles o amor pelos filhos ; é a elles, pois, que pertence accordar sobre o destino dos mesmos, si devem ficar com o pai ou com a mãi, si com um e com outro, e como cumpre serem tratados e educados. Só na falta de accôrdo entre os pais é que intervirá o juiz e providenciará a respeito. Não convirá, por exemplo, que uma filha menor fique em companhia do pai ou da mãi, que tenha dado causa ao divorcio pelo desregramento de seus costumes.

Art. 726.—Logo que seja requerido o divorcio, poderá a mulher exigir, que o marido preste caução pela segurança dos bens communs sob pena de sequestro.

Ainda durante o litigio do divorcio continuará o marido com a administração dos bens do casal, de que só é privado depois das partilhas. Póde acontecer, como de facto tem acontecido, que o marido, afim de prejudicar a mulher, logo que é requerido o divorcio, trate de esbanjar os bens communs, ou de aliena-los. A' mulher, para evitar seu prejuizo, é em tal caso facultado requerer que o marido preste caução pela segurança dos bens communs, porque são estes os que elle póde livremente alienar sem o consentimento della, si fôrem moveis.

Este direito concedido á mulher é de summa importancia, e ha logar quer o divorcio seja requerido por ella ou pelo marido; em qualquer dos casos perigão os interesses da mulher.

Digitized by Google

Art. 727.—Si um dos conjuges fallecer, cessará a acção de divorcio proposta em juizo, salvo si houver interesses a liquidar, que dependão do julgamento da causa, porque então poderá ella ser proseguida pelos herdeiros, ou com os herdeiros para esse fim sómente.

Fôra na verdade um absurdo continuar a acção do divorcio tendo fallecido algum dos conjuges.

O divorcio tem por fim a separação dos conjuges, e como continuar a requerer a separação, quando já separados pela morte e com a dissolução do matrimonio?

E' um direito personalissimo o de requerer o divorcio, já o dissemos, e não passa aos herdeiros. *Privilegium personale personam sequitur, et cum persona extinguitur.*

Tambem é pessoal o direito de revogar a doação por ingratidão (art. 2393); mas si a acção foi intentada pelo doador, podem seus herdeiros continua-la (art. 2394).

Ha profunda differença entre este caso e o do divorcio. A acção de revogação da doação por ingratidão embora pessoal, é puramente pecuniaria no seu objecto, tendo por fim rehaver a cousa doada. A acção do divorcio é concedida por interesses puramente moraes, e só incidentemente vêm envolvidos interesses pecuniarios.

Ha uma excepção no art. 727: é quando com a sentença ha interesses a liquidar e que dependem do julgamento da causa. Neste caso si fallecer o conjuge, que propôz a acção, podem seus herdeiros continua-la com o conjuge sobrevivo; si fallecer o conjuge contra o qual foi proposta a acção, contra os herdeiros deste póde o conjuge sobrevivo continuar a acção.

Um caso em que ha interesses a liquidar, que dependem do julgamento da causa, é o previsto pelo art. 728.

Supponha-se que o esposo em seu contrato matrimonial deu certa quantia á esposa; realisado o casamento, propõe-lhe acção de divorcio por adulterio, e fallece sem estar julgada a causa. Nos termos do art. 728 o conjuge que deu causa ao divorcio, perde a doação que lhe fez o outro conjuge. No caso figurado os

Digitized by Google

herdeiros do conjuge fallecido têm interesses a liquidar ; porque julgado o divorcio, para elles reverte a doação.

Art. 728.—O conjuge que der causa ao divorcio, perderá, em favor do outro conjuge, tudo o que este lhe houver dado ou promettido no contrato de casamento ; e o conjuge innocente conservará o que houver recebido, e poderá reclamar o promettido.

O conjuge, que der causa, não póde reclamar os favores promettidos pelo outro conjuge.

Note-se que aqui se trata unicamente do caso, em que no contrato matrimonial um dos conjuges fez doação ao outro, ou prometteu-lhe alguma cousa ; não comprehende o caso, em que a doação ou promessa é feita por estranho. Não comprehende tambem o que lucra o conjuge em virtude da communhão legal. Si, por exemplo, o conjuge innocente era rico, e pobre o conjuge que deu causa ao divorcio, este não perderá o direito á metade dos bens daquelle, si o casamento foi contrahido no regimen da communhão legal.

O esposo, que em seu contrato de casamento fez alguma doação ao outro esposo, deve-se sempre subentender que a fez sob a condição tacita de o donatario guardar-lhe fidelidade e de cumprir as obrigações que nascem do matrimonio. Si o donatario não cumpre suas obrigações, entende-se não realizada a condição, e por conseguinte revogada a doação, e o doador com direito de rehaver o que deu, e fica desobrigado de cumprir o promettido.

Si o conjuge doador foi quem deu causa ao divorcio, o donatario conserva o que houver recebido, e além disso póde exigir o que lhe foi promettido. Não sendo elle quem deu causa ao divorcio, entende-se ter cumprido a condição.

Art. 729.—Não terá logar o que fica disposto no artigo antecedente, si o conjuge, que deu causa ao divorcio, provar que, até ao tempo, em que este foi julgado, tambem podia requere-lo, por alguma das causas legaes.

Vimos já no art. 720 que a acção de divorcio não póde ser

Digitized by Google

illidida por meio de compensação, isto é, allegando-se uma causa legal de divorcio contra o autor. O art. 729 admitte um caso de compensação, mas só por interesse puramente pecuniario.

O conjuge, que deu causa ao divorcio, por exemplo, por adulterio, é ameaçado de perder o que lhe deu o outro conjuge em seu contrato matrimonial; mas si provar que tambem o outro commetteu adulterio, ou o offendeu gravemente, não perderá o que lhe foi dado. Para livrar-se da pena da revogação da doação, poderá o donatario provar que o adulterio do doador foi commettido, quer quando ainda vivião juntos, quer depois de proposta a acção de divorcio, *até ao tempo em que este foi julgado*: é como se expressa o art. 729.

> Art. 730.—Não será admittida em juizo a acção de divorcio, emquanto os conjuges viverem juntos.

O regimento do arcebispado da Bahia ordena que seja depositada em poder de pessoa capaz a mulher, que pretender divorciar-se de seu marido. Esta disposição tem por fim evitar que o marido maltrate a mulher, tendo-a em sua companhia, e dar-lhe a necessaria liberdade para propôr-lhe a acção. O pensamento do art. 730 é outro.

Não será admittida em juizo a acção de divorcio estando os conjuges vivendo juntos, porque não se concebe que queirão realmente se divorciar aquelles, que continuão em vida commum. Fôra ridiculo dous conjuges requerendo a separação e partilhando o mesmo leito. Si não separão-se, presume-se que estão reconciliados.

> Art. 731.—Os filhos da mulher divorciada, ainda que nascidos tresentos dias depois da separação, serão considerados como filhos legitimos, si fôrem reconhecidos pelo marido por escriptura publica, ou por testamento, salvo aos interessados o direito de contestarem a paternidade.
>
> Paragrapho unico.— O reconhecimento, de que trata o artigo, póde ser feito a todo o tempo, ainda que o pai tenha passado a ulteriores nupcias.

Nos termos do art. 738 presume-se concebido durante o

Digitized by Google

casamento, e por conseguinte legitimo, o filho nascido dentro dos 300 dias subsequentes á separação judicial dos conjuges, e illegitimos os que nascerem depois dos 300 dias; mas em relação aos divorciados e em favor do casamento, abre o projecto uma justa e razoavel excepção no art. 731; considera esse filho como legitimo, si fôr reconhecido pelo pai. O reconhecimento é necessario, porque já são passados os 300 dias, e cessa em consequencia a presumpção de legitimidade.

Póde succeder que depois do divorcio os conjuges se reunão; tal união não é forçada, tendo cessado para elles a obrigação da convivencia; é uma união voluntaria, de que não resulta a presumpção legal da legitimidade da prole.

A presumpção do art. 738 só póde ser destruida provando-se a impossibilidade physica do marido para a cohabitação. Si reunirão-se os conjuges depois de divorciados, não sendo nos termos do art. 734, tal reunião não tem os effeitos do casamento, e fica ao arbitrio do marido reconhecer ou não o filho da mulher.

O filho assim reconhecido não se considera *perfilhado*, mas filho *legitimo*; porque o divorcio é apenas uma separação *quoad thorum et mutuam cohabitationem*. Não se dissolve o casamento, e fôra absurdo considerar tal filho como perfilhado tendo nascido de justas nupcias.

Como filho legitimo, fica pertencendo ás familias dos pais, e gozando, sem quebra alguma de todos os direitos, que nascem do parentesco.

O filho nascido de divorciados, não verificando-se a reconciliação nos termos do art. 734, só póde ser havido por legitimo si fôr pelo pai reconhecido por escriptura publica ou por testamento, e não tem direito de propôr a acção de investigação de paternidade illegitima (art. 763).

O tempo da separação, de que falla o art. 731, conta-se do dia em que a mulher foi depositada por ordem do juiz para o fim da acção do divorcio, como declara o § 1 do art. 738.

Este reconhecimento póde ser feito a todo o tempo em

Digitized by Google

qualquer época da vida do pai, ainda que tenha passado a ulteriores nupcias, por morte da mulher, de quem divorciou-se.

Pelo art. 755 não é permittido ao pai casado reconhecer o filho, que teve antes do casamento.

O art. 731 abre mais esta excepção em favor do casamento, e permitte que o pai reconheça o filho, que teve de sua mulher na constancia do divorcio, ainda que tenha passado a ulteriores nupcias.

Está entendido que o art. 731 não trata do caso em que os conjuges se reconciliárão, como permitte o art. 734. Reconciliados os conjuges, cessão os effeitos do divorcio, e por conseguinte o casamento continúa a produzir todos os seus effeitos legaes, renascem os direitos e obrigações dos conjuges, e a presumpção da legitimidade dos filhos concebidos durante o casamento.

Reconciliados os conjuges, os filhos que fôrem concebidos depois da reconciliação, serão havidos por legitimos, independente do reconhecimento do pai.

Art. 732.—As dividas contrahidas por qualquer dos conjuges, depois de requerido o divorcio, não se communicão, salvo si o devedor provar que procedêrão de causa anterior, ou que fôrão contrahidas em beneficio do casal.

Póde o marido com o fim de prejudicar a mulher, depois de requerido o divorcio, contrahir dividas verdadeiras ou falsas, tomar dinheiro por emprestimo, que facilmente occultará no inventario e por qualquer outra fórma comprometter o casal. Taes dividas se presumem ficticias ou contrahidas no intuito de prejudicar o outro conjuge; é a razão por que se declarão incommunicaveis.

Cessará, porém, a prescripção, si o devedor provar que as dividas procedem de causa anterior, ou que fôrão contrahidas em beneficio do casal. Por exemplo, si provar que a divida é novação de um compromisso ou obrigação contrahida anteriormente, ou provém de emprestimo feito ao marido afim de melhorar um predio do casal, ou para a sustentação da familia.

Digitized by Google

A prova aqui é incumbida ao devedor, porque taes dividas se presumem simuladas, e o devedor é interessado em provar o contrario.

Art. 733.—A separação dos bens não póde prejudicar direitos de terceiros, adquiridos anteriormente ; os conjuges divorciados ficão solidariamente responsaveis pelas dividas communs.

O divorcio é um facto particular, que só tem effeitos entre os divorciados, e a que são estranhas as mais pessoas.

Qualquer que seja a partilha de bens, que fação os divorciados, não póde ella prejudicar direitos adquiridos anteriormente por terceiros, que contratárão na fé da responsabilidade commum dos conjuges.

A solidariedade estabelecida em favor dos credores é uma garantia necessaria; podem elles exercer seus direitos sobre todos os bens do casal, ainda que partilhados.

E' indispensavel, porém, que as dividas sejão communs ; os credores particulares de cada um dos conjuges só podem demandar o seu devedor, e não a ambos os conjuges, visto não ser commum a divida.

Não succede aqui como no caso de fallecer o devedor e dividir-se proporcionalmente a divida pelos herdeiros (art. 1570). Os conjuges no caso presente constituem uma só pessoa, e nada têm os credores com suas convenções particulares, que não podem prejudica-los.

Art. 734.—Cessarão os effeitos do divorcio, si os conjuges divorciados voltarem publicamente á cohabitação, com o animo de perseverança, e assim o declararem por escriptura publica.

O divorcio foi um acontecimento lamentavel de funestas consequencias para os conjuges obrigados á separação, e para a familia. Convinha que a lei permittisse a reconciliação, afim de fazer cessar o escandalo, que os pais separados de vida dão aos filhos e á sociedade.

Para que cessem os effeitos do divorcio tres requisitos exige o art. 734 : 1,° que os divorciados voltem publicamente

Digitized by Google

á cohabitação; 2,º que haja animo de perseverança; 3,º que o declarem por escriptura publica.

O divorcio foi um facto publico, e portanto tambem deve ser publica a reconciliação dos conjuges, não para uma união passageira, mas com o animo de perseverança. Para maior publicidade ainda se exige que haja uma escriptura publica, que faça constar a reconciliação.

Do dia da reconciliação recomeção os effeitos do casamento: a mulher se torna incapaz e subordinada ao marido, os filhos concebidos depois da reconciliação são legitimos e não precisão do reconhecimento do pai nos termos do art. 731; o marido não póde mais dispôr dos bens de raiz sem o consentimento da mulher; esta não póde estar em juizo sem autorisação do marido, e assim outros effeitos importantes, que convem sejão conhecidos por terceiros, que contratarem com qualquer dos reconciliados. E' a razão por que se exige a escriptura publica. A reconciliação, tendo importantes effeitos, a sua data deve ser certa, e não deixada ao arbitrio dos conjuges ou sujeita á prova testemunhal. Convem que os terceiros conheção o dia certo em que cessou o divorcio, e em que começou a incapacidade da mulher, com quem não poderão mais contratar; essa data certa é a da escriptura publica.

Assim como o casamento deve ser publico, e a lei não dá effeitos ao clandestino, da mesma fórma a reconciliação dos divorciados não deve ser clandestina.

A escriptura neste caso é da substancia da reconciliação, que sem ella não tem effeitos legaes. Si não se fizer escriptura publica, os actos quaesquer praticados por cada um dos conjuges, em relação a terceiros, terão effeito como si reconciliação não houvesse e continuasse o divorcio.

Art. 735.—Reconciliados os conjuges, voltará a sociedade conjugal ao mesmo regimen, em que fôra contrahido o casamento, sem poder ser alterado.

Paragrapho unico.—A reconciliação não póde prejudicar quaesquer direitos de terceiros adquiridos durante a separação.

Digitized by Google

O contrato matrimonial não póde ser alterado durante o casamento (art. 1944). O divorcio não dissolve o casamento; só suspende seus effeitos, emquanto dura. Portanto, feita a reconciliação, deve voltar a sociedade conjugal ao mesmo regimen em que fôra contrahido o casamento. Si este foi contrahido no regimen da communhão, da separação de bens, ou dotal, feita a reconciliação, volta o casamento ao regimen primitivo.

E' evidente, como se diz no paragrapho unico do art. 735, que a reconciliação não póde prejudicar direitos de terceiros, adquiridos durante a separação. Si a mulher vendeu seus bens, si o marido vendeu immoveis, independente do consentimento da mulher, que não era necessario, todos estes actos conservão sua força.

Art. 736.— Em relação aos conjuges, feita a reconciliação, cessão todos os effeitos do divorcio, como si este nunca tivesse existido.

Si a reconciliação não póde prejudicar direitos de terceiros, como se disse no artigo antecedente, quanto aos reconciliados faz cessar todos os effeitos do divorcio. O marido recupera o poder marital, e começa a sujeição da mulher.

CAPITULO II

Dos pais e dos filhos

SECÇÃO I

DA PATERNIDADE LEGITIMA

Art. 737.— O marido é o pai do filho concebido durante o casamento, ainda que a mulher o negue, ou que se prove o adulterio.

E' a famosa regra do direito romano adoptado por todos os codigos modernos: *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.*

Digitized by Google

O codigo italiano se expressa nos mesmos termos: « *Il marito é padre del figlio concepito durante il matrimonio.* »

A presumpção legal de ser o marido pai do filho concebido durante o matrimonio é de ordem publica. Não se podia deixar na incerteza a paternidade legitima.

Ha aqui o que impropriamente se chama presumpção *juris et de jure*, que não admitte prova em contrario. Não é propriamente presumpção, mas determinação, decisão da lei; já tratámos deste assumpto no art. 324.

A lei falla do filho *concebido*, e não do filho *nascido* durante o matrimonio. Para se decidir si o filho é legitimo basta provar que elle foi concebido durante o matrimonio. O filho nascido durante o matrimonio póde ter sido concebido antes, e em tal caso não é legitimo; assim como póde ter sido concebido durante o matrimonio e nascido depois de sua dissolução.

A presumpção da lei, ou antes sua decisão, é tão imperiosa, que ainda que a mãi negue que o filho seja do pai, não é attendida. Não póde a mãi por sua vontade destruir uma decisão desta ordem; do contrario ficaria ao arbitrio das mãis determinar a legitimidade da prole, o que não só seria immoral, como contrario á ordem publica.

Ainda que se prove o adulterio da mãi, seus filhos são legitimos quando concebidos durante o matrimonio. Assim tambem o exige a ordem publica. A natureza envolveu com véo impenetravel o phenomeno da procreação; é um segredo que ainda escapa ás investigações da sciencia. Qualquer que seja o procedimento da mulher, ainda que tenha tido relações com outrem, que não seja o marido, emquanto cohabitar com este, o adulterio não impedirá que seus filhos sejão perante a lei havidos por legitimos.

Art. 738.— Presume-se concebido durante o casamento o filho nascido, passados 180 dias depois da celebração delle, e dentro dos 300 dias subsequentes á sua dissolução, ou separação judicial dos conjuges.

Digitized by Google

§ 1.º—O tempo da separação judicial conta-se do dia, em que a mulher foi depositada por ordem do juiz para o fim da acção do divorcio.

§ 2.º— Na falta de deposito, contão-se os 300 dias da data do julgamento do divorcio.

Ao contrario do que decide o artigo antecedente, no art. 730 se estabelece uma simples presumpção. E' impossivel verificar com certeza a época da concepção; nesse caso a lei procede por presumpção.

Por direito romano julgava-se naturalmente possivel o parto de sete mezes principiados ou 182 dias, e o retardado até 10 mezes. *Post decem menses mortis natus, non admittitur ad legitimam hæreditatem. De eo autem qui centessimo octogessimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.* L. 3 §§ 11 e 12 Dig. de suis et legit. hæred).

Quanto ao termo maximo da concepção disse Virgilio:

Matri longa decem tulerunt fastidia menses.

A regra do art. 738 é a mais geralmente seguida. O codigo italiano no art. 160 diz: « Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di cento ottenta giorni dalla celebrazione del matrimonio, nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso. »

Presume-se que o filho não póde nascer sinão depois de 180 dias da concepção, e nem seu nascimento póde ser retardado por mais de 300 dias. Não se conta por mezes, como no direito romano, mas por dias para evitar a desigualdade dos mezes, não sendo todos de 30 dias.

O filho que nasceu 300 dias depois: ou, 1º, da morte do marido; ou, 2º, da annullação do casamento; ou, 3º, da separação judicial dos conjuges, não é legitimo.

No caso de dissolução do casamento por morte, os 300 dias contão-se do dia da morte do marido.

Si o casamento se dissolve por annullação, os 300 dias contão-se do dia em que a mulher foi depositada por ordem do

Digitized by Google

juiz para o fim da acção de nullidade; e na falta de deposito, da data da sentença que julgou a nullidade, é o que determina o art. 743 com referencia ao art. 738.

No caso do divorcio, contão-se os 300 dias pela mesma fórma, como marcão os §§ 1º e 2º do art. 738.

No caso de dissolver-se o casamento por morte do marido, é evidente que os 300 dias se devem contar do dia da morte, e por isso não era preciso que o art. 738 o dissesse. Não assim quando o casamento se dissolve por ser annullado, ou no caso de divorcio.

Tanto para a acção da nullidade do casamento, como para a do divorcio, a mulher é depositada em casa de pessoa honesta. O dia do deposito firma a data da separação, e não se lhe póde recusar fé sendo um acto judicial, presume-se desse dia em diante ter cessado a cohabitação entre os conjuges. Si, passados 300 dias a contar-se do dia do deposito, nascer algum filho, não é este legitimo; si nascer dentro de 300 dias, é do marido.

Póde succeder que, por ignorancia do juiz, a mulher não seja depositada, só esteja separada particularmente, emquanto trata da acção de nullidade ou do divorcio. Neste caso os 300 dias se contaráõ da data da sentença que julgar a nullidade ou divorcio.

Antes da sentença não póde a lei presumir que os conjuges não se unirão, o que não impede que o marido o prove, porque a presumpção do art. 738 póde ser destruida, como veremos no art. seguinte.

> Art. 739.—A presumpção de que trata o artigo antecedente, só póde ser illidida, provando-se ter-se achado o marido physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher no prazo legal da concepção, definido pelo art 149.

O prazo da concepção é nos principios dos 120 dias dos 300, que houverem precedido ao nascimento, como fixa o art. 149. A razão é porque, sendo o minimo tempo da gravidez 180 dias, são

Digitized by Google

estes os ultimos que precedem ao nascimento, e portanto é nos primeiros 120 dias, que deve ter logar a concepção.

Maria tem um filho no dia 31 de Dezembro. Contando desse dia para traz, temos que os 300 dias,que precedem ao nascimento, vão até ao dia 6 de Março. E' o maior tempo da gravidez marcado pelo art. 150.

Contando-se agora do dia 6 de Março em diante, temos que os primeiros 120 dias vão até o dia 4 de Julho; é o tempo da gravidez. Contando-se do dia 4 de Julho até o dia 31 de Dezembro, temos 180 dias : é o minimo tempo da gravidez.

Assim temos que o maximo tempo da gravidez é de 6 de Março até 31 de Dezembro, o minimo é de 4 de Julho a 31 de Dezembro, e o tempo da concepção é de 6 de Março a 4 de Julho.

Provando-se que o marido de Maria esteve physicamente impossibilitado de cohabitar com ella desde o dia 6 de Março até o dia 4 de Julho, o filho nascido no dia 31 de Dezembro não é legitimo.

Nota-se que o artigo exige que a impossibilidade seja physica, e sem duvida por tratar-se de um acto material. E' esta uma questão de facto, fica á apreciação do julgador.

Assim a ausencia do marido em parte remota, uma enfermidade gravissima, podem constituir a impossibilidade physica.

Art. 740.—Em vida do marido e da mulher, só elle, e em qualquer tempo, poderá impugnar a legitimidade do filho concebido na constancia do matrimonio, no caso em que a lei o permitte, por meio de acção proposta em juizo.

Por morte do marido, ou da mulher, só poderão impugna-la nos referidos termos os herdeiros, que tiverem um interesse legitimo e actual.

O pensamento principal do artigo é favorecer a legitimidade dos filhos nascidos na constancia do matrimonio, e evitar processos vergonhosos com offensa da moralidade publica e paz das familias.

Comprehende-se o escandalo, que dará um processo em que

Digitized by Google

trate o marido de provar o adulterio de sua mulher, talvez um adulterio duplo de funestas consequencias, e de excluir da familia um filho della. Por isso restringe o artigo os casos, em que deve a lei tolerar o escandalo de semelhantes processos.

Emquanto viverem os conjuges, só o marido póde inpugnar a legitimidade do filho concebido durante o matrimonio. Não se trata do filho simplesmente *nascido* na constancia do matrimonio. Si dentro dos 180 dias da data do casamento a mulher teve um filho, não regula o art. 740 o direito de impugnar sua legitimidade; só regula quanto aos filhos concebidos na constancia do matrimonio.

Em vida do marido e da mulher só o marido tem o direito de impugnar a legitimidade do filho. Vivendo o marido, ninguem póde ter interesse na impugnação; por sua morte podem os herdeiros ter interesse. Um filho adulterino não tem familia, nem succede a seus pais. Por morte do marido seus herdeiros legitimos têm interesse em excluir da successão esse filho espurio.

Em sua vida o marido não trata de impugnar a legitimidade, talvez para não comprometter a reputação de sua mulher, talvez para não expô-la ao despreso publico. Si o marido tem taes considerações para com sua mulher, si em vida é sua vontade que ella não soffra a vergonha do crime, si elle de alguma fórma dá-lhe o perdão, cumpre que os herdeiros presumptivos respeitem sua vontade. Emquanto viver o marido não é permittido á qualquer interessado impugnar a legitimidade de seus filhos.

O marido, diz o art. 740, póde usar de seu direito em todo o tempo. Não ha portanto prescripção. Estabelecer uma prescripção de curto prazo ao direito do marido, como fazem o codigo francez e outros, é excesso de zelo pela moralidade publica. Póde o marido muitos annos vacillar entre o escandalo de um processo desta ordem, e a offensa de seus direitos com o adulterio da mulher; não é de razão que elle seja obrigado a patentear sua vergonha, em um prazo breve, sob pena de perder um direito tão sagrado, como seja o de vingar sua honra.

Digitized by Google

Não é permittido ao marido impugnar a legitimidade do filho concebido na constancia do matrimonio com a simples negação. A illegitimidade declarada terá importantes resultados, e não deve ser aceita a simples negação do marido.

Cumpre que por acção ordinaria com citação da mulher e do filho, unicos interessados, prove que durante o prazo da concepção achava-se physicamente impossiblitado de cohabitar com a mulher.

Por morte do marido ou da mulher, póde a legitimidade do filho ser impugnada por todos aquelles, que tiverem um interesse legitimo e actual; trata-se neste caso de um interesse pecuniario.

E', por exemplo, o herdeiro do marido ou da mulher, que tem interesse em mostrar que o filho é adulterino, e por conseguinte sem direito de partilhar com elle a herança paterna ou materna. Isto tem logar si a herança é deferida *ab intestato*; porque, havendo testamento, se cumprirá este, nos termos da lei, que regula a successão testamentaria.

Art. 741.—O direito do filho a reclamar o estado de legitimidade, que lhe pertence, é imprescriptivel: e isto sem prejuizo das regras geraes sobre a prescripção dos bens.

Paragrapho unico.—Este direito passa aos herdeiros pela mesma fórma declarada no artigo.

O estado do homem não póde ser objecto de negocio ou transacção. Negar o estado ao homem é negar sua humanidade. O direito do filho a reivindicar sua legitimidade não prescreve em tempo algum. Si um filho legitimo é engeitado pelos pais, em todo o tempo póde reclamar seu estado de filho legitimo, provando quaes são seus pais.

Póde, porém, acontecer que a herança de seus pais esteja na posse de outros herdeiros por mais de 30 annos; neste caso não poderá pedir a herança, ainda que prove sua legitimidade.

Este direito passa aos herdeiros. O neto, por exemplo, pedirá que seu pai seja declarado filho legitimo.

Digitized by Google

Art. 712.—O filho da mulher, que passar a outras nupcias, nascido dentro de 270 dias da dissolução do casamento anterior, presume-se do marido anterior, e o nascido, passados os 270 dias, presume-se do marido actual.

Sobre segundas nupcias ha no direito vigente algumas antigualhas, que o projecto entendeu dever supprimir, por exemplo, o casamento quinquagenario com filhos do primeiro matrimonio. « Quando alguma mulher casar, diz a Ord.L.4 tit. 105, sendo de cincoenta annos, ou dahi para cima, tendo filhos ou outros descendentes, que por direito lhe possão succeder, não poderá alhear, por titulo algum que seja, em sua vida, nem ao tempo de sua morte, as duas partes dos bens, que, depois de ser casada, houve por qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes, e sómente poderá dispôr da terça dos ditos bens á sua vontade.

A este respeito nada estabelece o projecto, e portanto o casamento da viuva quinquagenaria não produz effeito algum diverso do casamento de qualquer outra mulher viuva ou não, qualquer que seja a idade.

Tambem tanto no direito romano, como nas legislações modernas, se encontrão prohibições ou penas ás viuvas que se casão sem ter decorrido certo tempo depois da viuvez.

No codigo francez (art. 228), que com razão é o modelo dos mais codigos das nações cultas, se prohibe que a mulher passe a outras nupcias antes de dez mezes a contar-se da dissolução das anteriores.

Ainda o codigo portuguez conservou a antigualha da ordenação quanto ao casamento da viuva quinquagenaria, é verdade que com alguma modificação. O art. 1235 diz: « o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes. »

Digitized by Google

Como se vê o codigo portuguez ainda é mais rigoroso que a velha Ordenação ; sua disposição comprehende o quinquagenario de qualquer dos sexos, e são mais os bens de que não póde dispôr, que os de que trata a Ordenação.

Citamos ainda o artigo 1233.« A viuva que quizer contrahir segundas nupcias, antes de terem decorrido tresentos dias depois da morte do marido, será obrigada a fazer verificar si está ou não gravida.»

Isto é repugnante e indecente.

Os motivos, que apresentão, são primeiramente evitar a confusão, *turbationem sanguinis*, e a incerteza, si é ao primeiro marido ou ao segundo que deve ser attribuida a paternidade do filho nascido nos primeiros mezes do casamento ; em segundo logar se diz ser um ultrage á moral e decencia publica passar a mulher a segundas nupcias, sem intermediar algum tempo antes da dissolução do casamento anterior.

Nem uma nem outra razão é concludente.

Não ha, nem se póde fixar um termo certo da prenhez ; é a razão por que o legislador faz suas conjecturas entre os 180 e os 300 dias a contar-se do nascimento do filho. Não é o estado valetudinario da mulher, ou a sua robustez que retarda ou apressa o nascimento. De ordinario, porém, o termo médio de prenhez é de nove mezes ou 270 dias. Foi este termo médio, que escolheu o art. 742, para decidir a quem deve pertencer o filho no caso de um segundo casamento.

Si a viuva, que se casa, tem um filho antes de passados 270 dias, presume-se do marido anterior. E' certo que pelo art. 150 a prenhez póde ir até 300 dias, mas o art. 742 adoptou o tempo commum da concepção, que são nove mezes. Para evitar pleitos indecorosos e inconvenientes foi estabelecida uma regra geral. A lei presume, e com razão, o que de ordinario acontece.

Supponha-se que a viuva poucos dias depois da dissolução do casamento passa a segundas nupcias, e que antes dos 270

Digitized by Google

dias tem um filho. Póde este ser declarado do segundo marido, provando-se, por exemplo, uma longa enfermidade do primeiro marido, que o inhibia de cohabitar com a mulher. A semelhança do filho com o segundo marido, a transmissão hereditaria de certos caracteres accidentaes, a confissão da mãi, as manifestações dos signaes da gravidez em certo tempo, e outros factos, podem destruir a presumpção legal.

Haverá uma incorrecção nas palavras finaes do art. 742, quando diz *e o nascido passados* 270 *dias presume-se do marido actual*? Prestão-se ellas a um absurdo?

Supponha-se que uma viuva casa-se 250 dias depois da dissolução do seu casamento, e tem um filho passados 271 dias depois da mesma dissolução. São passados apenas 21 dias depois do segundo casamento. Se diz que, como se acha redigido o artigo, este filho deve pertencer ao segundo marido.

Os nossos autores usão das mesmas expressões, como Corrêa Telles, Digesto Portuguez, Tom. 2º n. 462, Rocha, Direito Civil § 292, Liz Teixeira, Tom. 1º pag. 320, etc.

Se diz que as palavras finaes do art. 742 podem ser supprimidas sem alteração do seu pensamento, ou substituidas pelas seguintes: *e o nascido, passados* 270 *dias depois do ulterior casamento, presume-se do marido actual.*

A isto se responde que o art. 742 estabelece apenas uma presumpção, e o marido na hypothese figurada póde destrui-la allegando que não lhe é possivel ter um filho em 21 dias de casado.

Por direito romano era prohibido ás viuvas debaixo de graves penas casar dentro do anno do lucto, e além disso erão declaradas infames. *Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit: ex juri quidem notissemo sit infamis.* (L. 1, Cod. de secund. nupt.).

Mais liberal que muitos codigos modernos é a Ord. L. 4 tit. 106: « As viuvas, que se casarem antes de ser passado anno e dia, depois da morte dos maridos, não sejão por isso

Digitized by Google

infamadas, nem os que com ellas casarem, nem lhes leve por isso penas algumas de dinheiro. »

Art. 743.—Si o casamento se dissolver por motivo de nullidade, os 300 dias, de que trata o art. 738, e os 270 dias, de que trata o artigo antecedente, se contarão do dia, em que a mulher fôr depositada por ordem do juiz, para o fim da acção de nullidade. Na falta de deposito, se contarão da data da sentença que julgou a nullidade.

Sobre este artigo já fallámos no commentario do art. 738.

Art. 744.—A filiação legitima póde provar-se por qualquer meio de prova, e ainda pela posse de estado.

Paragrapho unico.—A posse de estado, neste caso, consiste no facto de alguem ter sido tratado e reputado por filho, tanto pelos pais, como pelo publico.

Este é o direito vigente. Adiante veremos que a investigação da paternidade illegitima é defesa, mas não a legitima.

Entre casados não ha, nem póde haver difficuldade na prova da filiação. Provado o nascimento, basta provar o casamento da mãi e está descoberto o pai : *pater is est, quem justæ nuptiæ demonstrant.* Não ha preferencia nos meios de prova como exigem alguns codigos.

O codigo portuguez no art. 114 estabelece a seguinte gradação : « A filiação legitima se prova pelos registros de nascimento, na sua falta por qualquer documento authentico, na falta deste pela posse do estado provada por escripto ou por testemunhas, e na falta da posse do estado por qualquer meio de prova, havendo começo de prova por escripto proveniente de ambos os pais, conjuncta ou separadamente. »

Estes quatro meios de prova não se podem empregar indistinctamente, mas sim uns na falta de outros, e na ordem como vão enumerados.

Não vemos razão para neste caso dar-se preferencia a certas provas sobre as outras, como si fôssem umas mais fortes. Todas

Digitized by Google

ellas podem falhar, assim como qualquer dellas póde ser sufficiente.

Por descuido dos pais póde o acto do nascimento do filho não ser registrado, ou póde ser alterado ou errado sem má intenção ou fraudulentamente, e será este o principal meio de prova? Não ha meio de prova mais convincente, que o da posse de estado.

Só no caso do engeitamento do filho é que poderá haver difficuldade na prova da filiação legitima, e tal caso é rarissimo entre pais casados.

SECÇÃO II

DA LEGITIMAÇÃO

Art. 745.— O casamento subsequente dos pais legitima os filhos naturaes, nascidos ou concebidos antes delle, si estiverem ou fôrem reconhecidos pelo pai por escriptura publica ou testamento.

E' difficil a prova de filiação dos filhos illegitimos quanto ao pai, por ser a procreação um acto secreto da natureza, e só se procede por conjecturas. Havendo casamento, a lei presume que o filho é do pai, não passa, porém, de uma simples presumpção a bem da ordem publica e paz das familias.

Antes da lei de 2 de Setembro de 1847 era permittida a investigação da paternidade illegitima.

Os inconvenientes deste systema levárão o legislador a prohibi-lo, tornando o reconhecimento do filho um acto espontaneo e da vontade do pai; e pela incerteza e facilidade de outras provas quanto á manifestação da vontade do pai, taxativamente exigio a escriptura publica ou testamento para a prova do reconhecimento do filho natural.

O casamento legitima os filhos naturaes dos conjuges concebidos antes do mesmo, mas é necessario que se prove que taes filhos são dos conjuges. Si ao filho illegitimo não é permittido investigar sua paternidade, é indispensavel que o pai o reconheça

Digitized by Google

por escriptura publica ou testamento para que o casamento de seus pais confira-lhe direitos de filho legitimo.

A doutrina do art. 745 se encontra na legislação de todos os povos cultos, só differindo quanto ao modo como deva ser provada a filiação.

Pelo respeito que todos os povos prestão ao casamento, que a lei religiosa eleva a sacramento, foi-lhe dada a força de legitimar os filhos illegitimos havidos entre os pais, que se casárão.

Para serem legitimados não é preciso que os filhos estejão nascidos antes do casamento, basta que estejão concebidos, *conceptus pro nato habetur*. O art. 745 diz *nascidos* ou *concebidos*.

Ficão legitimados não só os filhos, que o pai tiver perfilhado ou reconhecido antes do casamento, como os que reconhecer depois deste. Por isso o art. ainda diz: *si estiverem ou fôrem reconhecidos*.

> Art. 746.—O reconhecimento, de que trata o artigo antecedente, póde ser anterior ou posterior ao casamento, ou em qualquer tempo depois da sua dissolução, ainda que o pai tenha passado a posteriores nupcias.
>
> Paragrapho unico.—O reconhecimento póde ser impugnado, não só pela mãi, como por todos aquelles que tiverem um interesse legitimo e actual.

Pelo art. 755 não é licito ao pai perfilhar durante o casamento o filho natural, que teve antes do mesmo. Mas em favor da legitimação e afim de prestigiar o casamento, e ainda porque seria absurdo que os filhos de dous conjuges se considerassem illegitimos, abrio o art. 746 uma excepção justa e razoavel, permittindo que o pai legitime o seu filho por meio do reconhecimento em qualquer tempo, antes ou depois do casamento, e ainda que por dissolução deste tenha passado a ulteriores nupcias.

Póde acontecer que algum reconheça aquelle, que não é seu filho; a mãi, que não o ignora, será difficil que faça opposição ao reconhecimento, mas tem o direito de impugna-lo.

Pela legitimação o legitimado torna-se herdeiro legitimario,

Digitized by Google

e por conseguinte prejudicará, não só os collateraes, como os ascendentes e descendentes herdeiros legitimarios, cujas quotas ficão diminuidas com a entrada na familia de novos herdeiros legitimarios. São estes os interessados, que podem impugnar a legitimação feita pelo marido.

Mas emquanto viver o marido, taes interessados só tem direito eventual, porque ainda não são herdeiros, e portanto não lhes é permittido impugnar a legitimação. Por morte do marido, a sua herança tem de ser partilhada com o legitimado; então torna-se actual o interesse dos outros herdeiros: é quando podem impugnar a perfilhação, mostrando que o filho não era do perfilhante.

Art. 747.—Não pódem ser legitimados os filhos espurios.

Os filhos espurios não têm familia. Repugna aos sentimentos da moral publica, que o pai reconheça um filho, que teve quando ainda era casado. Decide assim o artigo uma questão muito controvertida no direito vigente.

Uma questão tambem sobre que divergem os autores: O filho nascido fóra do casamento de duas pessoas, que por causa de parentesco por consanguinidade ou por affinidade, só podião se casar com dispensa, póde ser legitimado, sendo o casamento contrahido depois da dispensa?

No projecto não é isso questão, porque não conhece impedimentos impedientes, mas só dirimentes.

Art. 748.— Podem ser reconhecidos para o fim de serem legitimados, não só os filhos naturaes vivos, como os fallecidos, e, neste ultimo caso, a legitimação aproveita aos herdeiros dos filhos fallecidos.

Ao pai é concedido reconhecer não só um filho vivo, como um já fallecido. Neste segundo caso são os herdeiros do filho fallecido que aproveitão os effeitos da legitimação. Isto é de justiça; é uma reparação, que faz o avô em beneficio dos netos, legitimando o pai destes.

Digitized by Google

Mas note-se que para a legitimação do filho fallecido aproveitar aos descendentes deste, é necessario que sejão legitimos; porque si fôrem illegitimos não produz effeito a legitimação de seu pai, visto que os filhos illegitimos não fazem parte da familia dos pais (art. 771), e ainda que perfilhados só gozão de direitos em relação aos perfilhantes, e só os que por lei lhe são expressamente concedidos (art. 772).

Pedro é legitimado depois de sua morte; só aos seus filhos legitimos aproveitará a legitimação, e não aos perfilhados.

Art. 749.— Os legitimados são em tudo equiparados aos filhos legitimos.

E' a razão por que em todo este projecto não se falla dos filhos legitimados sinão para defini-los. Sempre que o projecto falla em filhos legitimos estão subentendidos tambem os legitimados, porque os seus direitos são os mesmos, sem distincção alguma. Si por exemplo o art. 882 dissesse: « O pai póde nomeiar em testamento tutor ao seu filho menor legitimo, *legitimado* ou perfilhado», fôra uma redundancia; porque o filho legitimado é em tudo equiparado ao legitimo.

Quando a lei falla em filho legitimo, está subentendido o legitimado, mas não o perfilhado, porque este não goza nas relações de familia senão daquelles direitos, que por lei expressamente lhe são concedidos.

Si a lei quizer, concedendo certos direitos, equiparar o perfilhado ao legitimo, deverá declara-lo expressamente; do contrario, fallando só do legitimo, se entende excluido o perfilhado, mas incluido o legitimado.

A legitimação é uma ficção, em virtude da qual a concepção de um filho natural, e tambem seu nascimento, si foi antes de casamento de seus pais, se entende que tiverão logar na constancia do casamento, e portanto ficão gozando de todos os direitos de filhos legitimos.

Digitized by Google

Art. 750.—Os effeitos da legitimação principião da data do casamento, ainda que o reconhecimento do filho tenha sido posterior.

Já vimos que a legitimação é uma ficção; mas esta ficção em vez de levar a época do casamento ao dia da concepção, ou sómente ao dia do nascimento, pelo contrario faz suppôr a concepção e o nascimento no momento da celebração do casamento. *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativitatis legitimati*, dizem os autores.

Supponhamos que Pedro tem um filho illegitimo com Maria. Depois casa-se com Luiza, de quem tem filhos legitimos. Morre Luiza, e Pedro tornando-se viuvo se casa com Maria, e reconhece o filho illegitimo, que tiverão. Este fica legitimado, mas a sua legitimação só data do casamento de seu pai com sua mãi. De fórma que si antes desse casamento se abrisse alguma successão em favor dos filhos legitimos de Pedro, o filho de Maria não seria contemplado, porque então não era legitimado, e só se tornou tal da data do casamento de seus pais.

Art. 751.—A legitimação produz todos os effeitos, ainda que se annulle o casamento, si ambos, ou algum dos conjuges, estava de bôa fé ao tempo de sua celebração.

E' applicação do principio estabelecido no art. 749, que equipara em tudo os filhos legitimados aos legitimos. O art. 676 dispõe que o casamento putativo produz todos os seus effeitos legaes em relação aos filhos; da mesma fórma, si annullar-se o casamento, estando ambos ou algum dos conjuges de bôa fé ao tempo de sua celebração, a legitimação produz todos os seus effeitos.

SECÇÃO III

DA PERFILHAÇÃO

Art. 752.—Perfilhação é o reconhecimento, que o pai ou a mãi, ou ambos elles, fazem de seus filhos illegitimos.

A perfilhação é facultada, e mais ou menos facilitada pela legislação de todas as nações cultas; só no que ha divergencia é

Digitized by Google

quanto á fórma, aos meios de prova-la, aos seus effeitos, e pessoas que podem ser perfilhadas: é um meio offerecido aos pais de exonerarem suas consciencias e reparar a falta, que commettêrão tendo filhos fóra do casamento. Nenhuma culpa tiverão estes nos erros de seus pais; não é o casamento que produz a affeição reciproca entre os pais e os filhos.

A adopção, tão commum entre os romanos, ainda permittida pelas leis de algumas nações cultas, é de que não trata o projecto, e por conseguinte, com o seu silencio, não a admitte. Tambem entre nós a adopção cahio em completo desuso. Quem quizer beneficiar a outrem, tem muitos meios de o fazer, por vida ou por morte, sem ser necessario recorrer á adopção, que aliás não deixa de ser de alguma fórma um pacto successorio, condemnado pela lei, ou pelo menos uma restricção á liberdade de testar, que o adoptante espontaneamente procura.

Art. 753.—Não podem ser perfilhados os filhos espurios.

Sobre os que podem ser perfilhados divergem os codigos modernos, mas a regra geral é não admittir a perfilhação dos filhos espurios.

Filhos espurios são sómente os incestuosos e adulterinos (art. 114); não reconhece o projecto os filhos sacrilegos como espurios. Um sacerdote, um religioso professo póde reconhecer seus filhos illegitimos; assim como, si o religioso fôr relaxado de seus votos e contrahir matrimonio, este legitima seus filhos sacrilegos havidos com a mulher com quem se casou, si os reconhecer. A lei civil nada tem com as prescripções religiosas puramente disciplinares, e tal é o voto religioso e a prohibição do casamento a certas pessoas. Reconhecendo um sacerdote seu filho, este torna-se seu herdeiro legitimario.

Com razão, diz um escriptor, se prohibe a perfilhação dos filhos incestuosos e adulterinos; porque o reconhecimento de filhos havidos de cohabitação tão repugnante causaria grave escandalo, e parece preferivel a condição de filho de pais incognitos á de

Digitized by Google

ser reconhecido publicamente como filho do adulterio ou do incesto.

Nada mais repugnante que permittir-se ao irmão o reconhecimento do filho, que teve com a irmã; ao pai o reconhecimento do filho, que teve com a filha, e ao homem solteiro ou casado o reconhecimento do filho, que teve com a mulher, que na época da concepção estava ligada a outro pelos laços matrimoniaes.

Commentando o art. 335 do codigo francez, que tambem não permitte o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, diz um escriptor:

«La loi devait dire à l'auteur adultérin ou incestueux:

« Ce fruit de ton crime ne sera jamais ton fils à mes yeux, je te defends de jamais lui donner ce nom.

«Dans le fait, et par une triste réalité, il se peut qu'il soit ton enfant, cette filiation coupable et honteuse, il se peut qu'elle soit vraie et connue de tes voisins et amis, mais dans tout ce qui est de mon domaine, dans toutes les circonstances de la vie civile, tu n'en diras pas un mot, tu lui resteras completement étranger. Tu ne me prouveras pas, tu ne lui diras pas, qu'il est ton enfant; lui ne me prouvera pas que tu es son père, et un tiers ne pourra jamais le prouver pour des mesquines questions d'argent. »

Não obstante a disposição do art. 753, póde pela mãi ser perfilhado um filho espurio. O art. 117 dispõe que, qualquer que seja o pai, o filho havido de mulher não casada será havido por natural em relação a ella. A mulher, que tiver filhos de homem casado, poderá reconhece-los, a que tiver filhos de seu irmão ou ascendentes tambem os poderá reconhecer.

Cumpria em qualquer destes casos evitar o escandalo com a publicação de quem seja o pai. O casamento é só que mostra quem seja o pai, entretanto que a maternidade é sempre certa.

Art. 754.—A perfilhação do pai só póde ser feita por escriptura publica, ou por testamento.

Digitized by Google

E' da lei de 2 de Setembro de 1847. Um pai não póde ser obrigado a reconhecer seus filhos; porque tanto a escriptura publica como o testamento são actos voluntarios. A perfilhação voluntaria tem por fim evitar processos escandalosos.

Não é admittida a prova testemunhal pela sua fallibilidade em negocio tão importante como é a filiação. Não ha provas que supprão a escriptura publica e o testamento neste caso.

Como a lei não distingue, segue-se que o reconhecimento póde ser feito por qualquer testamento: publico, cerrado, particular, ou nuncupativo.

Art. 755.— Durante o casamento não póde o pai perfilhar qualquer filho que teve antes do mesmo casamento.

A lei de 2 de Setembro de 1847 o que dispõe é que, concorrendo filhos naturaes com filhos legitimos, o reconhecimento do pai feito por escriptura publica antes do seu casamento é indispensavel para que os naturaes possão ter parte na herança paterna.

E' difficil á mulher occultar um filho natural, que tenha; é quasi sempre pela posse do estado que o filho prova a maternidade.

Demais ao filho illegitimo é permittida a investigação da maternidade. Ao homem, que contrata casar-se, será rarissimo ignorar si a esposa tem ou não filho illegitimo.

Não acontecerá o mesmo á mulher; esta, quando contrata casar-se, ignora ou póde ignorar os filhos illegitimos de seu esposo, e si a este fôsse permittido reconhecer os filhos havidos antes do casamento, seria plantar a semente da discordia no lar conjugal e promover a desharmonia entre os filhos legitimos e os novamente chegados.

Quando se discutia quasi identica disposição do art. 337 do codigo francez, disse Bigot-Preameneu: « Il ne faut pas que l'un des époux puisse changer, après son mariage, le sort de sa

Digitized by Google

famille légitime en y appellant des enfants naturels, qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté. »

Art. 756.— Não existindo filhos do casamento, póde o pai viuvo perfilhar o filho que teve antes do mesmo casamento.

Por duas ordens de considerações se estabeleceu no artigo antecedente que o pai durante o casamento não pudesse reconhecer o filho, que teve antes; a primeira em relação aos interesses dos filhos legitimos, e a segunda no interesse do outro conjuge, e da paz e harmonia da familia.

No caso do marido viuvar sem filhos legitimos, desapparecem taes razões, e não haverá inconveniente em serem legitimados os filhos havidos antes.

Art. 757. — Ainda que o pai viuvo tenha filhos do casamento, póde perfilhar o filho, que teve durante a viuvez, si não tiver passado a posteriores nupcias.

Os filhos legitimos não têm interesse actual na herança do pai, mas só depois de sua morte. Fôra injusto não permittir a um pai reconhecer um filho natural só por ter legitimos. Todos são filhos do mesmo pai, e com direito á educação e tratamento.

Si o pai viuvo passa a outras nupcias, não póde reconhecer o filho, que teve durante a viuvez pela prohibição do art. 755.

Art. 758. — Os filhos naturaes que estiverem na posse do estado de filiação materna, presumem-se reconhecidos pela mãi, independente de qualquer acto della.

§ 1.° — A posse de estado neste caso, consiste no facto de alguem ser tratado e reputado como filho tanto pela mãi como pelo publico.

§ 2.°— Si o filho não estiver na posse de estado, a perfilhação voluntaria da mãi só póde ser feita por escriptura publica ou por testamento.

A mãi não precisa praticar acto algum para se ter como reconhecido o seu filho natural; basta que ella não o negue. O filho natural da mãi, á excepção do caso rarissimo do

Digitized by Google

engeitamento ou exposição, está sempre na posse de estado; esta em relação á mãi é a melhor prova da maternidade.

O filho natural, que estiver na posse de estado da filiação materna, isto é, como a define o § 1° do artigo, quando é tratado e reputado como filho tanto pela mãi, como pelo publico, um tal filho basta provar a posse de estado para ser havido como perfilhado pela mãi, independente de qualquer acto della.

Este foi sempre o nosso direito, ou ao menos tal tem sido a pratica legal.

Para a prova da maternidade exigem os codigos modernos declaração da mãi em registro publico, ou qualquer outro acto authentico.

Não ha nada mais authentico, não ha prova mais infallivel que a posse de estado. Aquelle, que desde que nasceu foi sempre tratado por sua mãi como filho, não precisa apresentar mais prova alguma do reconhecimento desta.

A mãi para mostrar que reconhece um seu filho, basta o significar ao publico com seus actos, independente de fazer qualquer declaração perante a autoridade ou official publico, ou de manifesta-lo por escripto.

E' difficilimo occultar o parto; só em casos rarissimos póde a mãi tornar incerta sua maternidade. Mas por ser caso raro não é impossivel, e verifica-se principal ou unicamente, no engeitamento. Ainda que o filho engeitado volte para a casa materna, surge a difficuldade da prova de sua identidade. Já não ha a prova da posse de estado, o publico não póde mais affirmar ser aquelle o filho, que a mãi engeitou. Por outro lado a mãi que teve a coragem de engeitar um filho, tambem será capaz de aceitar um estranho como seu filho. Trata-lo agora como filho não é bastante, cumpre que ella o declare de um modo authentico. Si quer que perante a lei esse filho passe por perfilhado declare-o, ou por escriptura publica ou em testamento, como exige o § 2° do art. 758. Ella tornou incerta sua maternidade, como sempre é incerta a paternidade, e neste caso é equiparada ao pai, que só

Digitized by Google

por escriptura publica ou por testamento póde reconhecer seus filhos naturaes.

Art. 759.—Presume-se do pai, ou da mãi, o filho qne fôr perfilhado ou pelo pai, ou pela mãi.

Ninguem introduz levianamente um estranho em sua familia. Si o pai reconhece um filho voluntariamente, é porque tem certeza de ser seu filho; é o mais interessado em que não haja engano. Logo, pois, que dá-se o facto de perfilhação, deve-se presumir que o pai colligiu todos as provas, e procedeu com criterio a todas as indagações.

Cumpria estabelecer esta presumpção legal; porque feita a perfilhação, a quem impugna-la incumbe dar prova em contrario (art. 762).

Art. 760.— Si mais de uma pessoa perfilhar o mesmo filho, a presumpção é em favor da primeira perfilhação.

Póde acontecer que duas pessoas reconheção o mesmo filho. Como o que primeiro fez a perfilhação está na posse de pai, já contrahio obrigação e adquirio o patrio poder, uma segunda perfilhação, que faça outra pessoa, equivale á impugnação do primeiro reconhecimento, e portanto, a presumpção deve ser em favor deste.

Art. 761.—Póde o perfilhado, em todo o tempo, contestar tanto o reconhecimento do pai, como o da mãi, ainda que nelle tenha consentido.

Já no art. 741 dissemos como não é licito ao homem renunciar o seu estado, e nem transigir sobre elle. Si o filho perfilhado descobre posteriormente provas de não ser filho de quem o reconheceu, não fica inhibido de procurar seus verdadeiros pais.

O art. 761 concede ao perfilhado o direito de, em todo o tempo, impugnar a perfilhação, ainda que nella tenha consentido. E', portanto, imprescriptivel o seu direito, ainda que tenha consentido na perfilhação, porque esta não é um contrato; é da lei

Digitized by Google

que nascem os direitos e obrigações reciprocos entre o perfilhante e perfilhado, e não de convenção.

O filho póde ter sido enganado por suppostos pais, e o seu verdadeiro estado nunca o póde elle perder. O perfilhante, que não é pai, tornar-se-ha pai no fim de 30 ou mais annos?

> Art. 762.—Tanto o reconhecimento do pai ou da mãi, como a impugnação do perfilhado, podem ser contestados por todos aquelles, que nisso tiverem interesse.
>
> Paragrapho unico.—A contestação será admittida, ainda que se não possa mostrar quem seja o pai ou a mãi do perfilhado.

A perfilhação póde ter sido feita por especulação de suppostos pais. Supponha-se um filho rico de pais desconhecidos. Um pai supposto afim de ter direito á sua herança o perfilha. Aos interessados é permittido impugnar a perfilhação. E' interessado o perfilhado, que não quererá ter em supposto pai um herdeiro legitimario, que o inhiba de dispôr livremente de seus bens.

Por morte do legitimado, seus herdeiros serão interessados em impugnar a perfilhação.

A mãi póde tambem ter interesse em que seu filho não seja perfilhado por quem não é seu verdadeiro pai; terá interesse em repellir quem pretende sem titulo partilhar com ella os direitos paternaes.

Tambem não é permittido ao filho, sem justa razão, impugnar uma perfilhação fundada; não póde por mero arbitrio negar os pais que o reconhecêrão. Um filho que desde o berço foi sempre como tal reconhecido por sua mãi, que se acha na posse da filiação materna, não póde renegar aquella que deu-lhe o nascimento. Por isso diz ainda o art. 762 que aos interessados compete o direito de contestar a impugnação injusta, que um filho faça de sua perfilhação.

E' bastante para a impugnação que, por exemplo, o filho mostre que aquelle que o perfilhou não é seu verdadeiro pai, embora não possa provar quem o seja. Seu pai será talvez desconhecido, mas não aceitará como pai um aventureiro qualquer,

Digitized by Google

que o pretenda ser. Nem o filho poderá mostrar quem seja seu verdadeiro pai, porque é prohibida a acção de investigação da paternidade illegitima (art. 763).

Art. 763.—E' prohibida a acção de investigação da paternidade illegitima.

Este artigo é corollario do disposto no art. 753. A perfilhação do pai só póde ser provada por escriptura publica ou por testamento; é um acto voluntario, e si o filho não apresentar alguma dessas provas não poderá reclamar direitos de filho reconhecido.

Identica é a disposição do art. 340 do codigo francez. Por que prohibe o legislador a investigação da paternidade? E', responde Bigot-Preameneu, porque a natureza cobrio com um véo impenetravel a transmissão de nossa existencia. O casamento, accrescenta Duveyrier, dá não a prova material, mas, em falta desta prova, a presumpção legal da, paternidade; quando não existe o casamento, não ha mais nem o indicio material, nem o legal da paternidade.

Art. 764.—A acção de investigação da maternidade illegitima é permittida, salvo nos casos em que a perfilhação é defesa.

A gravidez e o parto difficilmente se occultarão; são factos susceptiveis de prova completa. E' a razão por que a lei permitte a investigação da maternidade illegitima. Ao filho engeitado a todo o tempo é permittido propôr acção á sua mãi para que o reconheça como filho; a sentença que assim o declara tem força de perfilhação. E' o que se chama perfilhação judicial. Adiante veremos que a mãi não succede ao filho, cuja perfilhação foi declarada judicialmente.

O art. 763 traz uma excepção, isto é, quando a perfilhação é defesa. A mulher casada não póde reconhecer um filho adulterino, que teve, por exemplo, na ausencia de seu marido, ou quando este se achava physicamente impossibilitado de

Digitized by Google

cohabitar com ella; da mesma fórma um filho concebido em tal tempo ou em taes circumstancias, não póde investigar sua maternidade. E' fundado na regra *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Art. 765.— Não é permittido contestar a acção de investigação da maternidade illegitima, nem a perfilhação feita pela mãi, com o fundamento de ser o filho espurio por parte do pai.

E' corollario do disposto no art. 117. Qualquer que seja o pai, o filho da mulher não casada será havido por natural em relação a ella.

São os interessados os que têm direito de impugnar a perfilhação ou a investigação da maternidade (art. 752).

Si um filho propõe á sua mãi acção para que o reconheça como filho, não será permittido contestar-se a acção com o fundamento de que seu pai é casado, irmão ou ascendente de sua mãi.

Da mesma fórma si a mãi reconhece um filho illegitimo, ou se acha este na posse de estado da filiação materna, o que equivale ao reconhecimento, ninguem poderá contestar a perfilhação com o fundamento de ser o filho incestuoso ou adulterino por parte do pai.

A lei repelle o escandalo judicial, como já dissemos no art. 117.

Art. 766.— Póde o pai reconhecer o filho sem declarar o nome da pessoa da mãi, e póde a mãi reconhecer o filho sem declarar o nome da pessoa do pai.

Não só a declaração, no caso de perfilhação, do nome do outro progenitor é desnecessaria, como póde causar escandalo com offensa da moralidade publica.

Supponha-se que um pai, reconhecendo um filho, declara que sua mãi é mulher casada, sua irmã ou filha; será repugnante. Aquelle, que tendo um filho em taes condições, si fôsse obrigado a declarar o nome da mãi, preferiria talvez não fazer o reconhecimento.

Digitized by Google

Não se diga que nesse caso um pai póde reconhecer um filho espurio. Responde-se que si reconhecer um filho de mulher casada, por exemplo, os interessados, nos termos do art. 752, poderão impugnar a perfilhação.

Si, por exemplo, o nascimento do filho se occultou, si é o fructo da seducção de uma mulher honesta, que ainda é reputada como tal na sociedade, será um escandalo a declaração do nome da mãi.

Da mesma fórma não convirá muitas vezes que a mãi declare o nome do pai do filho, que perfilha.

Será aquelle casado, ou prezará a reputação de celibatario, de que goza na sociedade.

Art. 767.— Não produz effeito a perfilhação feita pelo menor, sem autorização expressa da pessoa, cuja autorização é necessaria para o casamento.

Da perfilhação nascem direitos e obrigações importantes, interesses tanto pecuniarios, como moraes. Um menor, que não póde contratar sem a autorização de seu representante legal, ainda com maior razão não poderá reconhecer um filho illegitimo sem o consentimento expresso da pessoa, a quem compete autorizar-lhe o casamento. Por sua inexperiencia póde fraudulentamente ser induzido a reconhecer um filho, que lhe não pertence. Para esse acto é mister que intervenha a autorização de seus pais, e na falta ou impedimento destes, a de seu tutor.

No fim do art. 767 devem-se accrescentar as palavras: «*salvo quando o filho se presume reconhecido pela posse de estado da filiação materna nos termos do art.* 758.»

Uma menor que tem um filho, que é tratado publicamente por tal, não se dirá que o desconhece, e fôra absurdo exigir o consentimento de seus pais para ella o reconhecer como filho. Mas si o filho foi engeitado, e o parto occulto, sendo necessaria escriptura publica para a perfilhação (art. 758), necessariamente deve intervir o consentimento de seus pais. A menor póde ser

Digitized by Google

illudida, apresentando-se-lhe um outro, que não seja o seu filho.

Art. 768.— A acção de investigação da maternidade illegitima compete sómente ao filho e seus herdeiros.

Paragrapho unico.— Esta acção não prescreve em tempo algum, e isto sem prejuizo das regras geraes, acerca da prescripção dos bens.

Ao filho, que a mãi tenha engeitado, é licito em todo o tempo propôr-lhe a acção de investigação da maternidade e reivindicar o seu estado.

A acção póde ser proposta tanto á mãi como aos herdeiros desta. Póde ainda ser proposta tanto pelo filho, como por seus herdeiros, caso tenha fallecido; porque é questão que envolve interesses pecuniarios.

Trata o filho de vindicar o seu estado, e portanto a acção não prescreve em tempo algum.

Succederá que a herança da mãi já não possa ser pedida, por ter decorrido o prazo da prescripção. Ainda assim póde o filho reclamar o seu estado, embora não possa pedir a herança, ou quaesquer bens desta, que tenhão sido alienados, estando prescripta a acção para reivindica-los.

Em algumas legislações a acção de investigação da maternidade só é permittida em vida da mãi.

Não ha razão que justifique esta restricção. O filho tem de fazer valer direitos, que só se tornão effectivos depois da morte da mãi, como seja o seu direito de herdeiro legitimario; e por que razão morrendo a mãi cessará a acção do filho no momento em que tinha mais interesse de propô-la?

Demais só permittir a acção em vida da mãi, é obrigar o filho a propôr á sua mãi uma acção cheia de escandalos. Filhos haverá, que antes quererão perder o direito, e com razão, do que tentar contra sua mãi um processo, que a cobrirá de vergonha. Por morte desta já lhe será mais facil vindicar o seu estado.

Art. 769.— A perfilhação póde ser feita independente da vontade do perfilhado, salvo a este o direito de contestação.

Digitized by Google

A perfilhação é um acto espontaneo dos pais. De ordinario reconhecem os filhos em beneficio destes. O intuito do interesse na perfilhação por parte dos pais será caso rarissimo, e cabe aos perfilhados o direito de impugnação. Não ha portanto necessidade do consentimento do perfilhado.

A semelhança dos contratos beneficos (art. 1833), em que sempre se presume o consentimento da parte beneficiada tambem na perfilhação se presume a aceitação do perfilhado.

Supponha-se, por exemplo, que um pai moribundo reconhece por escriptura publica um filho apenas concebido. Como exigir a aceitação deste?

De mais o reconhecimento dos pais independente do consentimento do perfilhado em nada prejudica a este, que em todo o tempo póde contestar a perfilhação, e seu direito é imprescriptivel (art. 761).

Art. 770.— A perfilhação, uma vez feita, não póde mais ser revogada pelo perfilhante, salvo si foi feita por testamento.

E' o contrario do que se estabeleceu em relação ao perfilhado, que póde em todo o tempo reclamar contra a perfilhação ainda que nella tenha consentido (art. 761).

Mas os pais que reconhecêrão os filhos conferirão-lhes direitos de que não mais os podem privar.

Ha uma excepção, quando o filho é reconhecido em testamento. Não se podia derogar o principio geral de summa importancia *voluntas testatoris deambulatoria usque ad mortem.* As disposições testamentarias só se tornão effectivas depois da morte do testador, é quando se manifesta sua vontade. Si em testamento alguem reconheceu um filho illegitimo, entende-se que reservou o direito de revogar o reconhecimento até o momento de sua morte.

Art. 771.—Os filhos espurios, e os naturaes não perfilhados, em tudo são havidos por inteiramente estranhos aos pais, e ás familias destes.

Digitized by Google

Se diz que a pena não deve passar aos filhos. Si os pais fôrem criminosos, os filhos não responderáõ por seus actos, e que por conseguinte aos filhos espurios devem competir os mesmos direitos dos legitimos, ao menos alguns dos direitos naturaes da familia.

Não se trata de punir os filhos pelos crimes de seus pais. A sua exclusão da familia dos pais é do interesse da ordem e moralidade publica. Não seria decoroso que um filho adulterino pudesse reclamar de seu pai direitos iguaes aos dos filhos legitimos.

Em parte alguma o projecto os considera incapazes de quaesquer favores ou doações, que lhes queirão fazer seus pais, só não lhes dá direito de reclama-lo. Fica á vontade dos pais reparar o seu erro, soccorrendo como entenderem seus filhos espurios, não deve, porém, a lei intervir, conferindo-lhes direitos, que não são devidos a estranhos.

Os filhos naturaes não perfilhados tambem são inteiramente estranhos ás familias dos pais, porque a perfilhação é que mostra quaes sejão estes.

> Art. 772.—Os filhos perfilhados, em relação ao pai ou á mãi perfilhante, só gozão dos direitos, que por lei lhes são expressamente concedidos.

Tambem os filhos perfilhados não podem gozar dos mesmos direitos, de que gozão os legitimos, mas só daquelles, que por lei lhes são expressamente concedidos.

Os filhos legitimos têm a seu favor a presumpção de que o são dos conjuges, e de mais são o fructo de uma união licita, favorecida pela lei, santificada por todas as religiões. O fructo de tal união deve merecer toda a attenção do legislador, que o não equiparará com o de uma união reprovada.

O reconhecimento de um filho natural é facto puramente pessoal dos pais, que não deve ter consequencias em relação aos parentes e mais membros da familia. Como forçar a estes, que

Digitized by Google

não fôrão ouvidos na perfilhação, que não podem ter certeza da realidade desta, a admittir no seio da familia um membro, que se diz pertencer a ella só porque seus pais o affirmárão por meio da perfilhação? As relações são reciprocas, assim como o perfilhado não goza de direito algum em relação aos membros da familia dos pais, da mesma fórma não está sujeito a obrigação alguma de familia em relação aos parentes de seus pais.

Os direitos dos perfilhados são sómente em relação aos pais.

Assim o perfilhado é herdeiro legitimario dos pais (art. 1431) e tambem o são seus filhos legitimos (art. 1432). Da mesma fórma os pais são herdeiros legitimarios dos filhos perfilhados e de sua descendencia legitima (art. 1433).

Os pais podem nomear tutor testamentario a seus filhos perfilhados (art. 822); exercem o patrio poder sobre elles (art. 735), mas não têm o usufructo dos seus bens. Os pais têm o direito de serem alimentados por seus filhos perfilhados, e estes têm o mesmo direito em relação aos pais (art. 801).

E assim outros mais direitos e obrigações, mas só os expressamente declarados na lei. O filho legitimo succede *ab intestato* aos avós e mais ascendentes, aos irmãos dos pais e mais collateraes; os perfilhados só podem succeder aos pais; não succedem aos mais parentes, nem estes têm direito á sua herança (art. 1436).

SECÇÃO IV

DO PATRIO PODER

Art. 773.—O patrio poder é o complexo dos direitos e obrigações, que, por lei, competem ao pai, e, na falta ou impossibilidade deste, á mãi, sobre a pessoa e bens de seus filhos menores, nos termos dos artigos seguintes.

Definido o patrio poder o complexo de todos os direitos e obrigações que por lei competem ao pai sobre a pessoa e bens de seus filhos menores, abrange a definição não só os direitos e

Digitized by Google

obrigações mencionadas nesta secção, como todos os mais direitos e obrigações das relações de familia entre pais e filhos, estabelecidos em differentes outros artigos do projecto, como sejão sobre a nomeação de tutor testamentario, autorização para casamento, tutela do filho interdicto, etc.

O projecto faz grandes innovações do direito vigente sobre o patrio poder. O direito vigente, adoptando o direito romano, não o concede ás mãis, porque as considera como tuteladas dos maridos.

O patrio poder pertence ao pai e á mãi conjunctamente. O direito é commum a ambos, e neste ponto o projecto, acompanhando os codigos modernos, se aparta do direito romano. Mas, emquanto existir o pai, pertence-lhe exclusivamente o exercicio do patrio poder, como chefe da familia; na sua falta ou impedimento o exercita a mãi.

Art. 774.—Os filhos devem, em toda a sua vida, honrar e respeitar a seus pais, e a todos os mais ascendentes.

E' este um simples preceito de moral. *Filio semper honesta et sancta persona patris videri debet. Parentes carissimos habere debebemus, quod ab his vita, patrimonium, civitas credita est* (Cicero).

E' sem duvida um simples preceito de moral; mas tendo-se de tratar do patrio poder, não se podia deixar de lembra-lo, como o fundamento e razão de todas as relações entre ascendentes e descendentes; é donde nasce necessariamente o patrio poder.

Art. 775.—Até á maioridade ficão os filhos debaixo da autoridade do pai, a quem especialmente compete dirigir e representa-los, tanto em juizo como fóra delle, e administrar seus bens.

Na falta ou impossibilidade do pai, passa essa autoridade para a mãi.

Este artigo como que resume os direitos, que nascem do patrio poder. Emquanto os filhos não chegão á maioridade,

Digitized by Google

estão debaixo da autoridade do pai, isto é, sujeitos ao patrio poder. Ao pai compete dirigi-los: direitos sobre a pessoa dos mesmos. Compete igualmente representa-los em juizo e fóra delle. O pai é o unico que comparece em juizo em nome do seu filho menor, ou este seja autor ou réo; não tem o menor de ser ouvido ou citado, qualquer que seja a sua idade, em quanto não chegar á maioridade.

Não é assim pela Ord. L. 3 tit. 41. Si o menor é impubere, ou seja autor ou réo, é só seu representante legal quem apparece em juizo; si é pubere, apparece com o representante legal.

Nos negocios extrajudiciaes o art. 775 concorda com o direito vigente. E' o representante legal quem administra os bens do menor, sem a intervenção deste.

Na falta ou impossibilidade do pai, isto é, por morte do pai, estando este ausente ou interdicto, o patrio poder é exercido pela mãi. E' no que não concorda o direito vigente, adoptando o direito romano, que em caso algum concede á mãi o patrio poder.

> Art. 776.—Os filhos devem obediencia aos pais até á maioridade, e cumprirão os seus preceitos em tudo o que não fôr illicito, ou contrario á moral e bons costumes. Si os preceitos do pai e da mãi fôrem contradictorios, obedecerão ao pai.

Note-se a differença que ha entre este artigo e o artigo 774.

Honrar e respeitar os seus pais é um dever puramente moral, cuja infracção não tem sancção alguma legal, e por isso os filhos o devem toda a vida, qualquer que seja a sua idade, salvo o da correcção, si os filhos fôrem menores (art. 778).

O dever, porém, de obediencia aos pais, vai até á maioridade, e si os paes não fôrem obedecidos podem obrigar os filhos á obediencia pelos meios coercitivos, além do direito, que têm de castiga-los nos termos do art. 778. Tornando-se os filhos maiores, cessa a obrigação de obedecer aos pais, mas ainda os deve honrar e respeitar.

Digitized by Google

O dever de obediencia é somente em relação aos pais, e não aos mais ascendentes, entretanto que a honra e respeito são tambem devidos a estes. E' que a obediencia é devida a só uma vontade, e poderião ás ordens de um avô, por exemplo, ser contrarias ás ordens do pai.

Os filhos menores cumprirão os preceitos dos pais, mas não cegamente. Um filho, embora menor, póde ter a necessaria intelligencia para conhecer si o preceito do pai é illicito ou contrario á moral e ordem publica.

Em tal caso cessa a obrigação da obediencia. Os maiores de 14 annos são responsaveis criminalmente; antes de chegarem a 21 annos, seus crimes só são attenuados. E ainda antes de 14 annos seus actos não são inteiramente isentos da responsabilidade (cod. crim., arts. 10-13). Tanto é criminoso o mandante como o mandatario (cod. crim. art. 4).

O filho menor deve abedecer ao pai e á mãi, e cumprir os preceitos de cada um delles; si, porém, o pai ordenar-lhe uma cousa e a mãi outra, obedecerá áquelle como chefe da familia.

Art. 777. — O pai e a mãi devem dar a seus filhos menores os necessarios alimentos, educação e occupação conveniente, conforme suas posses.

Por alimentos entende-se tudo o que é necessario para sustento do alimentado, vestuario, habitação e tratamento nas molestias; ainda se comprehende a educação, que os pais são obrigados a dar a seus filhos conforme suas posses.

Um pai, que, conforme suas posses, só póde destinar seu filho para um officio mechanico, não é obrigado a fazê-lo cursar altos estudos. Toda a profissão licita é honrosa.

Mais illustre é o sabio que no seu gabinete com o auxilio do microscopio revela os arcanos dos infinitamente pequenos, que os grandes conquistadores, que com gladio em punho fazem correr rios de sangue, e destroem os monumentos das artes e das sciencias accumulados pelo trabalho lento dos seculos.

Digitized by Google

Art. 778.—O pai e a mãi podem castigar seus filhos menores, não excedendo os justos limites da correcção, conforme a indole, idade dos filhos e gravidade do facto.

Logo que os filhos devem obediencia aos pais, a estes deve competir o direito correspondente de castiga-los. A lei não diz de que modo, nem o podia dizer. Um pai, em regra, melhor sabe o castigo, que deva infligir a um filho. O legislador só póde dizer-lhe que não exceda os justos limites da correcção. Ao prudente criterio do juiz pertence decidir si houve ou não excesso na correcção.

E essa correcção deve ser conforme a indole, a idade dos filhos e gravidade dos factos. O castigo infligido a um filho de tenra idade não será o mesmo que ao adulto. Uma filha não deve ser castigada da mesma fórma que um filho. Uma pequena falta não merece o mesmo castigo que uma grave.

O pai que infringir o preceito geral do artigo póde incorrer em crime, como si com o castigo produzir um ferimento grave (cod. crim. art. 14 § 6).

Dizia a lei romana: *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

Art. 779. — Si houver abuso do patrio poder, ou si os bens do menor não fôrem bem administrados, deverá o juiz nomear-lhe tutor ou dar administrador aos bens, conforme o caso exigir, e pelo tempo que fôr necessario; neste caso se suspenderá o usufructo legal.

O pai tem a dupla obrigação de dirigir a pessoa de seu filho e de administrar seus bens, o que comprehende a representação legal. São tambem as obrigações de um tutor. Si o tutor não cumpre os deveres de seu cargo é destituido. Da mesma fórma, si o pai não cura da educação de seus filhos, ou não cumpre os mais deveres inherentes ao patrio poder, deve ser substituido por quem melhor cumpra taes deveres.

Em questões tão melindrosas, como são as que emanão do exercicio do patrio poder, muita deve ser a prudencia do julgador. A mãi de vida desregrada, que tem em sua companhia

Digitized by Google

filhos menores, exerce bem o patrio poder? Convirá que em tal caso o juiz penetre no sanctuario da familia? Nas questões de moralidade até onde deve chegar a lei, e o que deve escapar á sua acção?

A educação dos filhos não é só um dever dos pais, mas um dever social. Aos poderes publicos cumpre providenciar pára que recebão educação aquelles que se achão debaixo do poder do outrem.

O pai, que maltrata o filho além dos justos limites da correcção, abusa do patrio poder, e entretanto póde bem administrar os bens do mesmo. Por outro lado, póde acontecer que o pai cure bem da pessoa de seu filho, e entretanto administre mal os seus bens. No primeiro caso não haverá necessidade de privar-se o pai da administração dos bens do filho; bastará que se dê a este um tutor que cuide de sua pessoa e educação, e o pai continuará na administração dos bens.

Si, porém, o pai cumpre as mais obrigações, que emanão do patrio poder, e só não administra convenientemente os bens do filho, bastará que sejão estes entregues a um curador ou administrador.

E isto pelo tempo que fôr necessario, accrescenta o art. 779. E na verdade, si é, por exemplo, por uma enfermidade do pai, que não póde este administrar os bens do filho, as providencias aconselhadas só devem durar emquanto durar o impedimento do pai.

Deve haver differença entre o exercicio do patrio poder e da tutela. Pelo art. 848 si o tutor não cumpre suas obrigações, é privado inteiramente do exercicio da tutela, e não póde exerce-la mais (art. 816 n. 5). Entretanto o pai póde ser removido só de parte do exercicio do patrio poder, e póde ser rehabilitado.

No caso do art. 779 suspende-se o usufructo legal, e com razão, não só como pena imposta ao pai, que abusa do patrio poder, como porque sendo nomeado um tutor ou curador ao menor, qualquer delles terá direito a uma retribuição pelo seu

Digitized by Google

trabalho, e fôra injustiça continuar o usufructo legal e ainda o menor pagar uma retribuição.

> Art. 780.— O filho não poderá deixar a casa paterna, ou a em que o pai o puzer, sem o consentimento deste.

Os pais podem conservar os filhos em sua companhia, ou pô-los em casa de outrem, ou em algum collegio ou estabelecimento de educação. O filho não póde nem abandonar a companhia do pai, sem o consentimento deste, nem o logar em que foi posto. Ninguem melhor do que o pai conhecerá o logar em que convem ter o filho.

Está entendido que si por lei fôr determinado, póde o filho abandonar a companhia do pai sem o consentimento deste, como no caso de guerra.

> Art. 781.— O pai e a mãi durante o casamento, e por morte de algum delles o conjuge sobrevivente, terão o usufructo dos bens do filho menor, que fôrem adquiridos por successão ou qualquer outro titulo gratuito.

Uma innovação importante e justa do direito vigente faz o art. 781.

Pela Ord. L. 1 tit. 88 § 6 e L. 4 tit. 97 § 19 o usufructo dos bens do filho pertence sómente ao pai e não á mãi, e não acaba sinão com a emancipação do filho.

Um filho ou filha solteira póde ficar debaixo do poder do pai toda a vida, qualquer que seja a sua idade, como filho-familias, e não se extinguirá o usufructo paterno.

O art. 781 não só concede o usufructo tambem á mãi, como o faz cessar logo que termina a menoridade.

O direito ao usufructo dos bens do filho concedido aos pais, funda-se na obrigação que têm estes de alimenta-lo, trata-lo e educa-lo; não fôra justo que corressem por conta dos pais as despezas, possuindo os filhos bens com que podessem se tratar e educar.

Digitized by Google

O usufructo pertence ao pai e á mãi durante o casamento. Si este foi contrahido no regimen da communhão legal, como se communica tudo o que adquirem os conjuges (art. 1995), é evidente que o usufructo vem a pertencer a ambos, quando o pai exerce o patrio poder. Si o casamento foi contrahido no regimen da separação de bens, para se não communicarem os adquiridos será necessaria expressa declaração nesse sentido (art. 1979); e portanto tambem se communica o usufructo legal. Si houve declaração de se não communicarem os adquiridos, metade do usufructo pertence separadamente ao pai e á mãi.

Em qualquer hypothese, si fallecer um dos conjuges, o usufructo passa em sua totalidade para o outro.

O usufructo é sómente dos bens adquiridos pelo filho por successão ou qualquer titulo gratuito. São bens que advierão ao filho sem seu trabalho, e era de razão que só desses se concedesse aos pais o usufructo.

Dos mais bens, quaesquer que elles sejão, não adquiridos por successão ou titulo gratuito, não compete aos pais o usufructo.

Art. 782.—Comprehende-se no patrio poder o direito de exigir, que os filhos menores prestem gratuitamente os serviços proprios de sua idade, sexo e condição.

Os filhos menores são obrigados a servir gratuitamente seus pais, porque tambem os pais são obrigados a trata-los e dar-lhes a devida educação e alimentos. Esses serviços são exigiveis pelos pais conforme a idade, sexo e condição dos filhos. Não exigirão os pais que seu filho menor preste serviços superiores ás suas forças e idade, nem incompativeis com o seu sexo, como mandar que sua filha faça uma viagem.

Comquanto não tenhamos nobreza hereditaria, e nenhum serviço honesto deve aviltar o homem, está todavia introduzido em nossos habitos, habitos enraigados, que certos serviços não são proprios de pessoas de certa condição. Uma filha de pessoa

Digitized by Google

collocada em elevada posição social, não poderá ser obrigada a prestar serviços proprios de criados.

Art. 783.—Os direitos e obrigações dos pais quanto aos bens dos filhos, são:

§ 1.º—Quanto aos bens de que só têm a administração, seus direitos e obrigações são os mesmos que os dos tutores quanto aos bens de seus tutelados, salva a obrigação de contas, que só podem ser pedidas pelos filhos, quando maiores ou emancipados.

§ 2.º—Quanto aos bens, de que têm o usufructo, seus direitos e obrigações são os mesmos que os do usufructuario, salvo a caução, a que não são obrigados.

A disposição deste artigo, com pouca differença, é a mesma do direito vigente.

Quanto á administração dos bens do filho, os direitos e obrigações dos pais são os mesmos, que dos tutores (arts. 852 e seguintes). Ha, porém, uma excepção, e é que os pais não são obrigados a prestar contas em juizo, como o são os tutores.

O pai tem o usufructo dos bens do filho; não ha portanto obrigação de prestar contas dos rendimentos dos mesmos bens. E' certo, como se verá, que ha bens de que o pai não tem o usufructo; mas a lei confia no criterio do pai, que não será menos interessado na administração dos bens do filho, que dos seus proprios.

As contas são sómente tomadas pelo filho, cessado o patrio poder; porque então o filhos e torna capaz para todos os actos da vida civil (art. 893). As contas, que póde exigir o filho, são sobre o estado e conservação dos bens e rendimentos daquelles, de que o pai não tem usufructo.

No art. 898 § 3 vem uma excepção. Si o pai voluntariamente emancipa um filho de 18 annos, suas contas são tomadas em juizo, e não pelo emancipado. Sendo esta emancipação antecipada e concedida voluntariamente pelo pai, era de receiar que elle o fizesse no intuito de lhe não serem glosadas as contas, como deverião ser, e abusasse da inexperiencia do filho.

Quanto aos bens, de que o pai tem o usufructo, seus direitos

Digitized by Google

e obrigações são os mesmos que os do usufructuario definidos nos arts. 1070 e seguintes. Ha uma excepção: o usufructuario é obrigado a prestar caução, o pai não.

A hypotheca legal, que os filhos menores têm sobre os immoveis do pai, que administra seus bens, substitue á caução, de que é dispensado. E' tambem este o direito vigente.

Art. 784.—Podem ser dados ou deixados aos filhos, bens, com a clausula de não serem administrados pelos pais.

Paragrapho unico.—Nesse caso os bens serão administrados por quem pelo juiz fôr nomeado, si outra cousa não foi determinada pelo doador ou testador.

E' questão entre os autores si podem ser dados ou deixados aos filhos bens com a clausula de não serem administrados pelos pais. O art. 784 decide pela affirmativa. Um testador ou doador receiará que os bens que dá ou deixa ao menor não serão bens administrados pelo pai, que não tem a necessaria capacidade, e neste caso lhe será licito impôr a clausula de não serem administrados pelo pai.

Se diz que a clausula, que confere a administração da cousa doada ou deixada a outra pessoa, que não seja o pai, deve ser considerada não escripta por contraria á ordem publica, como um insulto á autoridade do pai, uma declaracão de infidelidade ou incapacidade, que só o juiz tem o direito de pronunciar, quando prive o pai do patrio poder.

Assim não entendemos. Não se deve coarctar a liberdade do doador ou testador, que exige as seguranças, que julga necessarias para que suas liberalidades sejão aproveitadas e segundo sua intenção. Poderá recuar aquelle, que tendo de fazer uma doação a um menor, sabe que a administração da cousa doada tem de ser encarregada necessariamente á pessoa que não é de sua confiança, e redundará isso em prejuizo do menor. Não se devem respeitar as susceptibilidades dos pais ao excesso de sacrificar os interesses dos filhos.

Digitized by Google

Si o testador ou doador declarão qual a pessoa, que tem de administrar a cousa, sua vontade é respeitada; na falta de declaração o administrador é nomeado pelo juiz.

Art. 785.—Os pais não têm administração:

1.°—Dos bens adquiridos pelos filhos com seu trabalho e industria, vivendo em economia separada com permissão dos pais.

2.°—Dos bens, que os filhos adquirem pelas armas, letras e artes liberaes, vivão ou não em economia separada.

O pai não tem a administração dos bens, que o filho adquire com o seu trabalho ou industria, si o filho vive com economia separada e autorizada. Si o pai consente que o filho viva em economia separada, é porque o julga sufficientemente habilitado para administrar os bens, que desse modo adquirir. Mas si o conserva em sua casa ou sustenta-o de sua mesa, por certo não o julga com a necessaria capacidade.

Si, porém, o menor adquire bens pelas armas, letras e artes liberaes, viva ou não em companhia do pai, não tem este a administração dos bens assim adquiridos.

E' o que os romanos chamavão peculio castrense e quasi-castrense (Ord. L. 4 tit. 97 § 18).

Ainda que o filho viva em companhia do pai, taes bens são por elle administrados; porque entende-se que a profissão das armas e das letras, como si é um escriptor ou professor, o habilita para a administração, pela cultura que adquirio seu espirito com o estudo, e não se presume tal o simples mecanico, que trabalha em companhia de seus pais.

Art. 786.—Dos bens de que trata o artigo antecedente póde o filho menor dispôr livremente.

O filho menor nas condições do artigo antecedente administra livremente os bens adquiridos nos termos do mesmo artigo, e póde dispôr delles como bem quizer; portanto doa-los, vende-los, aliena-los em qualquer sentido.

Digitized by Google

Si o menor teve a necessaria capacidade para adquiri-los, diz D. Ferreira, não póde deixar de ter a necessaria aptidão para os administrar.

Não póde haver, pois, inconveniente em conferir ao menor neste caso tão ampla faculdade, não só porque semelhante acquisição não póde ter logar sinão em época proxima da maioridade, em que a razão tem já grande desenvolvimento, mas porque é um estimulo e premio dado ao menor, que em certa idade soube adquirir bens com o seu trabalho. Aqui entrega-se a administração dos bens ao menor por motivo de utilidade publica, visto que é a sociedade interessada em promover o amor ao trabalho.

Art. 787.— Si, terminada a menoridade do filho, fôr este incapaz de administrar seus bens por qualquer causa legal de incapacidade, a administração dos pais se converterá em tutela, e se regerá pelas disposições relativas a esta, cessando o usufructo legal.

Póde acontecer que o menor tambem seja demente ou imbecil, e isto succede frequentes vezes. Emquanto não chega á maioridade, seus bens são administrados pelos pais em virtude do patrio poder, que não podem ser privados da administração.

Chegando o filho á maioridade, como não é capaz, por seu estado, de tomar a administração, conserva-a o pai; mas então esta se converterá em tutela; o pai passa a ser tutor do filho interdicto.

A differença das duas administrações é grande. O pai, como tutor do filho interdicto, tem obrigação de dar contas em juizo, e está sujeito a todas as obrigações a que o estão os tutores, e póde ser removido si não as cumpre, como deve.

Como o usofructo é consequencia do patrio poder, expirado este, deve necessariamente cessar aquelle. O pai tutor do filho interdicto não tem o usufructo de seus bens, mas será remunerado nos termos do art. 879.

Art. 788.— E' encargo inherente ao usufructo o pagamento de quaesquer pensões, rendas e juros, ainda que atrazados, a que especialmente estejão sujeitos os bens usufruidos.

Digitized by Google

Apresentemos um exemplo:

Pedro devia a Jacques uma renda de 500$ annuaes; devia mais a um terceiro a quantia de 10:000$ a premio de seis por cento ao anno, ou 600$ de premios annuaes. Pedro instituio o menor Paulo seu herdeiro, e João pai de Paulo tem o usufructo da herança.

Até aqui comprehende-se facilmente que como João é o usufructuario da herança, a elle pertence pagar annualmente não só a renda de 500$, como os premios da divida. Estes encargos não devem ser supportados pelo menor, isto é, não devem ser pagos com os bens da herança, e sim com os seus rendimentos, a saber por conta do usufructo.

Supponhamos, porém, que quando Pedro morreu devia a Jacques tres annos de rendas atrazadas, isto é, 1:500$, e outros tres annos de juros vencidos de sua divida, isto é, 1:800$000.

Estas duas quantias por quem devem ser pagas? Pelo usufructuario a cargo do usufructo, decide o art. 787, e não pelos bens da herança.

Parece que, sendo divida da herança as rendas e juros atrazados, devem ser pagos pelos bens e não pelos rendimentos. Neste sentido decide terminantemente o codigo italiano no art. 230:

« Sono inerenti all' usofrutto legale... 2.° il pagamento delle annualità o degli interessi de'capitali, que decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto.»

Cumpre confessar que a decisão do codigo italiano parece mais justa, que a do art. 788 do projecto.

A defesa da disposição do artigo funda-se em duas razões: 1ª, que o usufructo legal, sendo uma liberalidade ou proveito emanado gratuitamente para os pais, póde ser gravado com quaesquer encargos em beneficio dos filhos; os pais que renunciem o usufructo, si o julgarem oneroso; 2º, Il est assez dans l'ordre, dans les règles d'une saine administration, que celui qui

Digitized by Google

recueille une universalité de biens prenne, non pas sur les capitaux, mais sur les revenues de la première année, et même de la seconde au besoin, les sommes nécessaires pour acquiter soit les arrièrages et intérêts arriérés, soit aussi les frais de maladie et inhumation de la personne par la mort de laquelle s'ouvre le droit. (Marcadé).

Taes razões não procedem. O certo é que se entende por herança o que resta depois de pagas as dividas, *deducto ære alieno*.

Melhor fôra redigir o art. 788 assim: « E' encargo inherente ao usufructo o pagamento de quaesquer pensões, rendas e juros, a que especialmente estejão sujeitos os bens usufruidos, a contar-se do dia em que se torna effectivo o usufructo. »

O codigo francez (art. 385) não é positivo a respeito; mas os commentadores o interpretão no sentido do art. 788 do projecto.

O codigo portuguez (art. 148) dispõe igualmente como o art. 788 do projecto.

Art. 789.—Os rendimentos dos bens dos filhos menores, de que os pais não têm o usufructo legal, estão sujeitos ás despezas que elles fizerem com o tratamento e educação dos mesmos filhos.

Ha bens de que os pais não têm usufructo. E' de razão que seus rendimentos sejão applicados de preferencia no tratamento e educação dos filhos, a quem pertencerem.

Art. 790.—Não estão sujeitos ao usufructo legal:

1.º — Os bens dados ou deixados ao filho com a clausula de não terem os pais o usufructo delles;

2.º — Os bens dados ou deixados ao filho, para este tomar uma occupação ou seguir uma profissão determinada;

3.º — O usufructo dado ou deixado ao filho;

4.º — Os bens provenientes de successão, de que os pais fôrão excluidos por incapazes;

5.º — Os bens adquiridos pelo filho, por qualquer titulo, que não seja gratuito.

Digitized by Google

Os bens, de que os pais não têm o usufructo legal são :

Em primeiro logar os que fôrem dados ou deixados com essa clausula. Não é ella illicita, nem offende a autoridade paterna, como já dissemos. O usufructo legal, sendo uma recompensa pelo exercicio do patrio poder, deve ser considerado como direito pecuniario, e não moral. A consequencia é não ser elle de ordem publica, e portanto podem ser dados ou deixados bens com a clausula da exclusão do usufructo legal. O mesmo principio é applicavel a quaesquer outras convenções ou determinações que alterem ou modifiquem o usufructo legal : taes convenções ou determinações são licitas. Não tem aqui applicação o art. 60, decidindo que as convenções e disposições particulares não podem derogar as leis de ordem e interesse publico.

Em segundo logar, não estão sujeitos ao usufructo legal os bens dados ou deixados ao filho para este tomar uma occupação ou seguir uma profissão determinada.

O usufructo póde ser negado aos pais expressa ou tacitamente. Conforme o fim ou natureza da doação, se concluirá si foi ou não negado. Aquelle que deixa ao menor certa cousa para seguir certa profissão, tem intenção que não se frustre a liberalidade, e se deve concluir que excluio o usufructo legal. Demais, os pais neste caso já ficão mais ou menos exonerados da obrigação, que lhes impõe o art. 777 de dar ao filho occupação conveniente.

Em terceiro logar, não tem os pais o usufructo legal, quando só o usufructo foi deixado ao filho. A ord. L. 4°, tit. 98 § 4 assim se expressa : « O quarto, si foi dado ou deixado o usufructo de alguma cousa ao filho, porque segundo direito não se póde de usufructo haver outro usufructo. »

Em quarto logar, quando os pais são excluidos de qualquer herança por incapazes, os bens que lhes devião pertencer passão a seus filhos, e desses bens não têm aquelles o usufructo.

Os casos de incapacidade para a successão legitima vêm marcados no art. 1402, e os de incapacidade para a successão

Digitized by Google

testamentaria vêm no art. 1674. O incapaz se suppõe morto ao tempo da abertura da herança, e portanto não tem logar a sua representação, como veremos no art. 1404.

Não se trata aqui do caso em que os pais são deshérdados, porque então não podem ser representados (art. 1800).

Em quinto logar não estão sujeitos ao usufructo legal os bens adquiridos sem ser a titulo gratuito; porque elle só recahe nos bens adquiridos por doação ou testamento, conforme a definição do artigo.

> Art. 791.—Extingue-se o usufructo legal, concedido aos pais:
> 1.º—Pela maioridade dos filhos;
> 2.º—Si o viuvo, pai ou mãi, que delle gozava, passa a posteriores nupcias;
> 3.º—Si o pai ou mãi, sem justo impedimento, não faz o inventario do seu casal dentro de 60 dias, a contar-se do fallecimento do outro conjuge;
> 4.º—Si o pai ou a mãi, sem justo motivo, não aceita a representação legal do filho menor.

Vai-se tratar neste artigo dos casos, em que se extingue o usufructo legal.

O primeiro é pela maioridade do filho. Notemos a definição do que seja maioridade nos termos do art. 819. São menores as pessoas que não tiverem 21 annos, si antes não se tiverem emancipado. Logo, o que se emancipar antes dos 21 annos deixa de ser menor. Póde uma pessoa ser maior, ou deixar de ser menor, na idade de 14 annos, casando-se, porque pelo casamento se emancipa o menor.

E', portanto, correcta a expressão do art. 791, quando diz que cessa o usufructo legal pela maioridade dos filhos, e não era necessario accrescentar *e pela emancipação*, como vem em outros codigos: esta já está comprehendida, porque pela definição do art. 819 o emancipado é maior.

Sendo o usufructo uma recompensa pelo exercicio do patrio poder, é evidente que, cessado este pela maioridade, deverá tambem cessar aquella.

Digitized by Google

O segundo caso, em que se extingue o usufructo legal, é si o pai ou a mãi que delle gozava, passa a segundas nupcias.

Não é só a mãi que perde o usufructo legal, mas tambem o pai. Em quasi todos os codigos o pai, que passa a segundas nupcias não perde o usufructo legal, e conserva em toda a sua integridade todos os direitos, que tinha sobre a pessoa e bens de seus filhos, só a mãi perde esses direitos em pena de passar a segundas nupcias.

Não é em pena do segundo casamento que se extingue o usufructo legal, mas porque este não deve aproveitar a nova familia. Um pai ou uma mãi, que gozão de um usufructo rendoso, pódem ser induzidos por suggestões estranhas a um casamento desigual.

Se diz ainda que a mãi, que passa a segundas nupcias, tendo filhos de anterior matrimonio, revela tão pouco amor por este, que são justificadas todas as restricções, que a lei lhe impõe. O argumento não colhe. Si um segundo casamento revela pouco amor aos filhos do primeiro matrimonio, o que é inteiramente falso, o argumento tambem procede contra o marido.

« A lei, privando de muitas vantagens a mãi, que passa a segundas nupcias, disse D. Ferreira, cede diante da triste presumpção de que a mãi binuba sacrifica muitas vezes a pessoa e bens dos filhos de anterior matrimonio, em proveito do segundo marido, ou dos filhos do segundo leito. Mas por uma singular contradicção, quasi todos os codigos, tanto antigos como modernos, conservão ao pai binubo a integridade dos seus direitos sobre a pessoa e bens dos filhos.

« As razões especiosas, que se têm allegado a favor do pai, são refutadas pela triste e constante experiencia de que para os enteados são muito mais funestas as madrastas do que os padrastos. Deveria estabelecer-se absoluta igualdade entre o pai e a mãi binubos, e a fazer-se alguma differença devia ser a favor da mãi, em attenção a fraqueza do seu sexo.

« As mãis costumão formar a primeira educação dos filhos,

Digitized by Google

vivem com elles em maior contacto que o pai, e repugna por isso á natureza que se negue á mãi o que se concede á madrasta, á sombra do pai binubo.

« Portanto á mãi binuba devia ficar pertencendo o usufructo dos bens dos filhos, como ao pai binubo, ou ambos devião ser privados delle.»

A censura é dirigida ao codigo portuguez, que no art. 149 extingue só o usufructo concedido á mãi quando ella passa a segundas nupcias, e não o do pai no mesmo caso.

O quarto caso em que se extingue o usufructo é quando o conjuge viuvo não faz o inventario do seu casal no prazo da lei.

« Não haverá outrosim usufructo dos bens do filho no caso em que não fizer por morte da mãi delles inventario dentro de dous mezes do dia do fallecimento della». (Ord. L. 4 tit. 98 § 6).

A Ordenação falla só da *morte da mãi*, porque só concede o usufructo legal ao pai, e não á mãi.

Si, porém, o inventario não é feito no tempo legal havendo justo impedimento, o conjuge em falta não perde o usufructo, *ad impossibilia nemo tenetur*.

Si por exemplo não faz o inventario por estar ausente, ou por uma enfermidade, grave e duradoura.

Finalmente, si o pai não aceita, sem justo motivo, a representação legal de seus filhos, não tem direito a reclamar o usufructo dos bens destes; porque o usufructo é uma indemnização pelo sacrificio, que faz o pai representando seus filhos menores; e porque logo que passe a representação para um estranho, este tem direito a uma remuneração, que não devem os filhos pagar duas vezes.

Art. 792.—Extingue-se o usufructo legal pelo casamento do filho, ainda que tenha sido negada a licença para o mesmo casamento.

E' possivel negarem os pais consentimento para o casamento dos filhos, afim de não perderem o usufructo legal; porque pelo casamento extingue-se o usufructo com o patrio poder.

Digitized by Google

A disposição do artigo é generica, e portanto procede, quer o consentimento tenha sido supprido pelo juiz, quer não. A pena do menor que se casa sem licença é sómente a marcada no art. 689. O menor fica privado da administração de seus bens, em quanto não completar a idade de 21 annos.

Logo que o menor toma estado, nascem deveres e obrigações novas; precisa de recursos para sustentar a familia, e como obtê-los sendo seus pais usufructuarios de seus bens? Privado do usufructo delles não terá meios para sustentar os encargos do matrimonio.

Art. 793.—Si o pai ou mãi enviuvar, recobrará o usufructo legal, de que se achava privado em razão de seu casamento.

Tendo cessado a causa pela qual ficárão os pais privados do usufructo, devem elles recobra-lo. Identica é a disposição do art. 162 do codigo portuguez, mas só em relação á mãi; porque ainda sob influencia das velhas idéas das Ordenações, o codigo portuguez não faz cessar o usufructo do pai viuvo passando este a segundas nupcias.

Art. 794.—Poderá escusar-se da representação legal de seus filhos a mãi viuva, que se casar.

Pelo direito vigente a mãi não é administradora legal dos bens dos filhos, porque não tem o patrio poder; será sim tutora, e seus direitos e obrigações são os mesmos que os de qualquer tutor. Não podem as mulheres ser tutoras, e só por uma graça especial é que a Ord. L. 4 tit. 102 permitte ás mãis e ás avós, si o quizerem. Devem nesse caso renunciar o beneficio do *Senatus-Consulto Veleiano* e outros direitos e privilegios introduzidos em favor das mulheres; não devem se casar o utra vez; e quando se tenhão de casar, requereráõ que se nomêe tutor aos filhos, e depois de casadas são removidas da tutela.

Pelo projecto as mãis não são tutoras de seus filhos menores, mas administradoras, revestidas do patrio poder,

Digitized by Google

gozando dos mesmos direitos que os pais. Si passarem a segundas nupcias, não perdem o patrio poder, que a lei vigente lhes não concede; sómente poderão, querendo, escusar-se da representação legal delles, diz o art. 794. A representação consiste na administração dos bens dos filhos, e em consequencia no direito de estar em juizo em nome delles.

Esta disposição é razoavel. A mãi póde vêr os interesses do novo marido em opposição com os dos filhos, póde receiar que a influencia daquelle seja prejudicial a estes, achando-se coagida na administração, e sem a necessaria liberdade para cumprir suas obrigações. Nestas circumstancias, um segundo casamento póde ser para a mãi motivo justo de escusa.

Neste caso especial o juiz dará tutor ao menor, nos termos regulares da tutela dativa.

SUB-SECÇÃO UNICA

Do patrio poder em relação aos filhos perfilhados

Art. 795.—Os filhos menores perfilhados estão sujeitos ao patrio poder, na fórma das disposições dos artigos antecedentes; os pais, todavia, não gozão do usofructo dos bens de seus filhos perfilhados.

Não se trata aqui de filhos legitimados, porque, como já vimos (art. 749), são elles em tudo comparados aos legitimos, e portanto sujeitos ao patrio poder, como estes o são.

Os filhos perfilhados tambem estão sujeitos ao patrio poder dos pais perfilhantes da mesma fórma que os legitimos, com a unica differença que os pais têm o usufructo dos bens dos filhos legitimos, e não o têm dos bens dos filhos perfilhados.

Neste ponto é mais favoravel a posição dos filhos perfilhados; mas por outro lado os filhos, ainda que perfilhados, só gozão por excepção de regra, de alguns dos direitos de familia. Sendo desfavoravel sua posição em relação aos outros parentes dos pais perfilhantes, era de justiça que tambem os mesmos parentes não

Digitized by Google

participassem indirectamente de seus bens, por meio do usufructo dos pais.

Art. 796.—O filho perfilhado só ficará sujeito ao patrio poder do pai ou da mãi, que o perfilhar. Si fôr perfilhado por ambos os pais, competirá o patrio poder ao pai, e, na falta ou impossibilidade do pai, á mãi.

Paragrapho unico.—O disposto no artigo procede ainda que a perfilhação do pai seja posterior á da mãi.

Supponha-se primeiramente que o filho é perfilhado por ambos os pais; dispõe o artigo que nesse caso ficará elle debaixo do patrio poder do pai, e na falta do pai, ficará debaixo do patrio poder da mãi.

E' tambem o que dispõe o art. 773 em relação ao filho legitimo. Quanto ao filho legitimo, a razão principal é por ser o marido o chefe da familia. Aqui não se dá a mesma razão; visto que não ha casamento. Como, porém, se tem de escolher entre os dous sexos, é natural que se dê a preferencia ao masculino como o mais forte e mais capaz da administração dos bens do filho, e de representa-lo em todas as suas relações civis. O patrio poder privado do usofructo legal sobre os filhos perfilhados, é um onus, que especialmente deve recahir sobre o pai perfilhante.

Mas si só a mãi reconhece o filho, só ella terá o patrio poder; o mesmo será si só o pai o reconhecer.

Esta disposição procede, diz o paragrapho unico do art. 796, ainda que a perfilhação do pai seja posterior á da mãi.

Supponha-se que a mãi tenha perfilhado um filho, e para isso basta que elle esteja na posse da filiação materna, independente de qualquer acto della (art. 758): pertence-lhe o patrio poder. Depois o pai perfilha esse filho: o patrio poder, que era exercido pela mãi, passa a ser exercido pelo pai, embora a perfilhação deste tenha sido posterior.

Art. 797.—Cessará qualquer tutela do filho illegitimo, e será substituida pelo patrio poder, logo que elle seja perfilhado por qualquer dos pais.

Digitized by Google

Supponha-se um filho engeitado, não tendo pai nem mãi conhecidos: o juiz nomea-lhe tutor (art. 798). A mãi o reconhece nos termos do art. 758: cessa a tutela e começa o patrio poder da mãi. Supponha-se ainda um menor, filho illegitimo, orphão de mãi; o juiz lhe dará tutor (art. 838). Posteriormente o pai o reconhece; cessará a tutela, e o filho passará para o patrio poder do pai perfilhante.

Art. 798.—Os filhos menores não perfilhados, não estão sujeitos ao patrio poder, e serão tutelados como quaesquer outros menores.

Os filhos menores não perfilhados suppõe-se que não têm pais (art. 771), por não serem estes conhecidos; portanto, não póde haver patrio poder. Em tal caso tem logar a tutela dativa.

SECÇÃO V

DOS ALIMENTOS

Art. 799.—Os alimentos, de que trata esta secção, comprehendem sómente o que é necessario para o sustento do alimentado, vestuario, habitação e tratamento nas molestias.

Paragrapho unico.—Comprehenderão tambem a educação, sendo o alimentado menor de 15 annos, e até esta idade.

Aqui não se trata dos alimentos, que os pais devem aos filhos nos termos do art. 777. Estes alimentos cessão com a maioridade dos filhos, que podem ganhar a vida com o seu trabalho. Os alimentos, de que aqui se trata, são os que se dizem devidos *jure sanguinis*, e são devidos qualquer que seja a idade do alimentado, que não tem bens nem possibilidade de viver com o seu trabalho.

Cumpria que se definisse em que consistem esses alimentos, e o art. 799 assim o faz: comprehendem sómente o que é necessario para o sustento, vestuario, habitação e tratamento nas enfermidades.

Nada serve vestir uma pessoa e deixa-la morrer á fome; nada serve alimenta-la deixando-a nua ou dormindo ao relento;

Digitized by Google

nada serve vesti-la, sustenta-la, dar-lhe habitação, e deixa-la morrer á mingua sem o necessario tratamento nas enfermidades. Todos esses deveres são inseparaveis; o cumprimento de um não isenta do cumprimento de outros. Mas si o alimentado não precisa, por exemplo, de habitação, porque a tem, o alimentante é só obrigado a cumprir os outros deveres.

O alimento do espirito, isto é, a educação, não é menos imperioso que o do corpo; por isso o art. 799 no paragrapho unico manda que tambem nos alimentos se comprehenda a educação, sendo menor o alimentado, mas só até a idade de 15 annos: é só uma educação elementar, que habilita o alimentado para a vida social, e não deve ir além.

Si o menor tem pai, então regula o art. 777. Estes devem dar-lhe educação sem limitação de tempo, e occupação conveniente; são sómente as posses dos pais que regulão e poem limites ás suas obrigações. Ao avô e mais ascendentes não incumbem as obrigações do art. 777, mas as do art. 799.

Art. 800.—Os alimentos são só devidos, concorrendo os seguintes requisitos:

1.°—Não tendo o alimentado bens alguns, e nem sufficientes, e estando impossibilitado, de, por seu trabalho, prover á propria subsistencia;

2.°—Si a pessoa, que deve presta-los, póde faze-lo, sem ficar privada dos meios necessarios para a sua sustentação.

Para dar-se a obrigação de alimentos é necessario que concorrão conjunctamente dous requisitos.

Si alguem tem bens, ainda que não possa trabalhar, com os bens póde prover á sua subsistencia, e não tem direito a alimentos. Da mesma fórma si não tem bens, mas póde trabalhar, exigir alimentos será sustentar a ociosidade. Aos ociosos não são devidos alimentos, mas aos que por uma enfermidade, por exemplo, ou aleijão não podem trabalhar. *Homo natus ad laborem.* Si o que póde trabalhar, tem bens, mas insufficientes, os alimentos são só devidos na razão de suas necessidades.

Digitized by Google

O segundo requisito é si a pessoa que deve prestar os alimentos póde faze-lo sem ficar privada dos meios necessarios para a sua sustentação. E' a regra: *charitas benè ordinata incipit a semetipso.*

Art. 801.—Os alimentos são devidos:
Ao conjuge;
Aos descendentes legitimos;
Aos ascendentes legitimos;
Aos filhos perfilhados, e á sua posteridade legitima;
Aos pais perfilhantes;
Aos irmãos legitimos;
Art. 802.—A obrigação de prestar alimentos incumbe, subsidiariamente e na ordem em que vão nomeados:
Em 1º logar ao conjuge;
Em 2º logar aos descendentes;
Em 3º logar aos ascendentes;
Em 4º logar aos irmãos.

Estes dous artigos pela correlação que têm, devem ser commentados juntamente.

No artigo 801 vêm designadas as pessoas, que têm direito a alimentos.

Um dos conjuges tem obrigação de alimentar o outro. Este caso será raro, mas póde-se dar. Supponha-se o casamento contrahido com separação de bens; um dos conjuges não os tem nem póde subsistir por seu trabalho, o outro é obrigado a alimenta-lo.

Os ascendentes legitimos têm direito a serem alimentados pelos descendentes legitimos; e estes por aquelles reciprocamente. Não ha na verdade dever mais imperioso que o de se soccorrerem reciprocamente os ascendentes e descendentes.

Estão no mesmo caso os pais perfilhantes e os filhos perfilhados e seus descendentes legitimos.

Em ultimo logar tambem têm direito a alimentos os irmãos legitimos, mas não os illegitimos, porque estes já não pertencem á familia.

Agora o art. 802 explica como são devidos os alimentos,

Digitized by Google

e apresenta a ordem, em que se achão os obrigados, uns depois dos outros e subsidiariamente pela ordem declarada.

Supponha-se que Pedro precisa de alimentos, deve pedi-los em primeiro logar á sua mulher, que está collocada em primeira classe dos obrigados a prestar alimentos.

Pedro não tem conjuge, ou, si o tem, não póde este alimenta-lo: recorrerá aos seus descendentes, isto é, aos filhos legitimos ou legitimados e aos descendentos legitimos destes.

Si os acima mencionados não existem, ou não podem prestar alimentos, Pedro os exigirá de seus pais, sejão estes legitimos ou perfilhantes, e na falta destes recorrerá aos mais ascendentes legitimos.

Pedro não tem conjuge, nem ascendentes, nem descendentes, ou, si os tem, não pódem elles alimenta-lo; recorrerá aos seus irmãos legitimos, que são os que se achão na ultima classe.

Além dos irmãos legitimos cessa a obrigação de alimentos; nem os tios, nem os sobrinhos, nem qualquer outro parente collateral está obrigado a prestar alimentos.

Como se vê, a obrigação de prestar alimentos, não é simultanea, mas successiva entre os obrigados, e segundo a ordem do direito successorio.

Ha só a excepção quanto ao conjuge, que, comquanto não esteja em primeiro logar na ordem da successão, é todavia o primeiro dos obrigados a prestar alimentos. Esta excepção justifica-se attendendo-se que o conjuge é a pessoa mais chegada ao alimentado, partilha sua vida e seus destinos; é quem o ajuda a supportar os encargos do matrimonio, quem toma cuidado dos trabalhos domesticos, e portanto deve ficar em primeiro logar quanto ao direito de exigir alimentos e obrigação de presta-los.

Art. 803. — A gradação dos obrigados a prestar alimentos, entre os descendentes, ou entre os ascendentes, ou entre os irmãos, será regulada segundo a ordem, em que serião chamados á successão legitima do credor dos alimentos, e si mais de um delles fôr obrigado a presta-los, a obrigação se dividirá em proporção do seu direito successorio.

Digitized by Google

Paragrapho unico.— Si de entre os descendentes, ou ascendentes, ou irmãos, o obrigado a prestar alimentos estiver impossibilitado, passará a obrigação áquelle, que seria obrigado na falta do impossibilitado.

Continuemos com o mesmo exemplo do artigo antecedente.

Pedro, credor de alimentos, não tem conjuge, que em primeiro logar é obrigado a presta-los; mas tem dous filhos, nada importa que sejão legitimos ou perfilhados, ou um legitimo e outro perfilhado, porque todos elles têm direito igual á sua successão legitima (arts. 1414 e 1430); cada um dos filhos é obrigado pela metade dos alimentos.

Supponha-se que um dos filhos de Pedro é fallecido, mas deixou dous filhos com direito á successão legitima de Pedro: o filho prestará a metade dos alimentos, e cada um dos netos prestará a quarta parte, porque nessa porporção têm elles direito á successão legitima, por direito de representação (arts. 1415 e 1416).

Supponhamos que Pedro não tem descendentes, e que passa para seus ascendentes a obrigação de alimenta-lo. Si tem pai e mãi com direito á sua successão legitima, entre elles se decidirá a obrigação de alimenta-lo (art. 1418); si tiver só pai ou só mãi, a obrigação de alimenta-lo incumbe intregralmente só ao pai, ou só á mãi, que tiver.

Si Pedro não tem pais a obrigação de alimenta-lo passa ao ascendente mais proximo em gráo. Si tem só o avô, só este é obrigado; si tem mais de um avô, a obrigação se divide por estes conforme a ordem da successão legitima (art. 1420).

Supponha-se que Pedro não tem nem conjuge, nem descendentes, nem ascendentes, mas tem dous irmãos legitimos, (como os irmãos illegitimos não fazem parte da familia, tambem não têm direito a alimentos); cada um dos dous irmãos é obrigado á metade dos alimentos (art. 1424).

Si Pedro tem um irmão bilateral e dous unilateraes, aquelle

Digitized by Google

é obrigado pela metade dos alimentos, e cada um dos dous irmãos unilateraes é obrigado pela quarta parte (art. 1425).

Si Pedro tiver um irmão, embora tenha sobrinhos successiveis por direito de representação, só o irmão é obrigado a prestar-lhe alimentos, porque a obrigação não vai além dos irmãos, e os alimentos devem ser completos, tanto quanto sejão necessarios.

Appliquemos ao exemplo o paragrapho unico do art. 803:

Entre os dous filhos de Pedro obrigados a prestar-lhe alimentos um está impossibilitado, porque tambem não tem recursos, a obrigação passará em sua totalidade para o outro filho. Um de seus dous netos está impossibilitado, a obrigação deste passa para o outro neto, em proporção do seu direito successorio.

Um dos pais está impossibilitado, a obrigação passa em sua totalidade para o outro.

Pedro tem varios irmãos obrigados a prestar-lhe alimentos, e alguns delles estão impossibilitados; a obrigação se divide pelos que fôrem habilitados.

> Art. 804.—Não ha solidariedade entre os obrigados a prestar alimentos.

Si a obrigação de prestar alimentos recahe ao mesmo tempo sobre varias pessoas, como no artigo antecedente vimos poder acontecer, cada uma destas só é obrigada por sua parte respectiva. O alimentado só póde pedir essa parte, e não a totalidade a cada um dos coobrigados.

> Art. 805.—A obrigação de prestar alimentos cessa com a morte do obrigado, quer este os tenha prestado voluntariamente, quer em virtude de sentença.
>
> Paragrapho unico.—Transmitte-se, porém, a obrigação com a herança, si o herdeiro é tambem obrigado a presta-los.

A obrigação de prestar alimentos é puramente pessoal, resulta dos direitos de familia, das relações de parentesco. Pela morte do devedor póde cessar o parentesco do credor com o

Digitized by Google

herdeiro daquelle, ou sómente passar o parentesco para grão em que não ha obrigação. E' o parente quem deve alimentos, e não a herança.

Supponha-se que morre um irmão, que devia alimentos a outro irmão. Si os herdeiros do fallecido são seus filhos, estes, como sobrinhos, não devem alimentos ao tio, e por tanto cessa a obrigação. Mas si o herdeiro é um outro irmão, como este tambem deve alimentos pelo parentesco, será obrigado a presta-los ao irmão credor delles, não propriamente por ser herdeiro, mas em virtude da lei.

A decisão do artigo 805 procede, ou o obrigado esteja prestando alimentos voluntariamente ou em virtude de sentença, isto é, si foi forçado por uma acção judiciaria. A razão é a mesma; a sentença declara o direito, e não o dá.

Art. 806.— Os alimentos devem ser arbitrados em attenção aos meios daquelle, que tiver de presta-los, e ás necessidades e qualidades do credor.

No arbitramento dos alimentos, deve-se em primeiro logar ter attenção aos meios daquelle, que tem de presta-los. E' evidente, em vista do que se disse no art. 800 n. 2.°

Aquelle, que tem de prestar alimentos, não deve ficar despido dos meios de prover á propria subsistencia. Cumpre attender ás suas circumstancias. Um irmão abastado póde prestar mais alimentos ao irmão necessitado, que o irmão que dispõe de poucos recursos.

Quanto ao credor dos alimentos, cumpre tambem que se tenha attenção ás suas necessidades e condições. Aquellas serão mais ou menos urgentes, o credor terá bens insufficientes, e neste caso se arbitrarão alimentos até quanto faltarem os bens para a subsistencia do credor.

Entra tambem em consideração a qualidade do credor, sua posição social. Um irmão rico, por exemplo, não prestará alimentos ao seu irmão, que occupa alta posição na sociedade, como prestaria a um simples operario.

Digitized by Google

Art. 807.— Sendo mais de um os obrigados a prestar alimentos, a obrigação será dividida em proporção dos meios de cada um delles.

Si dous irmãos são obrigados a prestar alimentos a um terceiro irmão, e um daquelles tem mais recursos, necessariamente a sua quota na contribuição deve ser maior.

Art. 808.— Os alimentos arbitrados podem ser augmentados ou diminuidos, si sobrevierem mudanças, no estado do devedor ou do credor.

O arbitramento primitivo de alimentos não será invariavel. Si augmentarem-se os recursos do devedor, que não os prestava sufficientes, se augmentaráõ os alimentos até quanto bastem.

Si pelo contrario, seus recursos minguárão, na mesma razão se diminuiráõ os alimentos que prestava.

Por outro lado, si augmentarem-se as necessidades do credor, sobrevindo-lhe, por exemplo, uma enfermidade, que o impossibilite absolutamente de todo o trabalho, os alimentos se augmentaráõ.

Pelo contrario, si o credor adquirio alguns bens, ou faculdade de trabalhar, os alimentos serão diminuidos, ou ainda completamente supprimidos, si com os bens adquiridos, ou com o seu trabalho póde o credor prover á sua subsistencia.

Art. 809.—Os alimentos, em regra, devem ser prestados por meio de pensões periodicas; mas, conforme as circumstancias, póde o juiz ordenar, que sejão prestados, vivendo o alimentado em companhia do devedor.

As necessidades do alimentado são urgentes e de ordinario quotidianas, e portanto, em regra os alimentos devem ser dadas por prestações periodicas.

As prestações periodicas são vantajosas tanto ao devedor como ao credor. Ao devedor, por lhe ser mais commodo deduzir uma parte de seus rendimentos á proporção que os fôr recebendo,

Digitized by Google

do que si de uma só vez tivesse de desembolsar avultada quantia, que talvez prejudique seu capital.

Ao credor, porque vai a pensão acudindo suas necessidades á proporção que estas vão apparecendo.

Em regra não deve o alimentado ir receber os alimentos em casa do devedor. Sua infeliz posição ainda se tornaria humilhante, e o sacrificio de viver com o devedor não compensaria o gozo dos alimentos.

Mas si as circumstancias do devedor não permittem que elle preste os alimentos por pensões, mas só vivendo o credor em sua companhia, assim ordenará o juiz.

> Art. 810.—O pai ou a mãi que se offerecer a receber em sua casa o filho credor de alimentos, fica desobrigado, si este o recusar sem justo motivo.

Um filho só em caso muito excepcional póde recusar viver em companhia de seus pais. De quem póde elle receber melhores cuidados?

A regra do artigo antecedente é que os alimentos devem ser prestados por meio de pensões, vivendo o alimentado sobre si, e só dando-se justo motivo, será o alimentado obrigado a viver em companhia do devedor, o que para este é mais commodo.

Tratando-se, porém, de filhos, a regra é inversa: o filho é obrigado a receber os alimentos em casa de seus pais, e só si justificar justo motivo é que os pais serão obrigados a prestar-lhe alimentos fóra de casa.

O justo motivo deve ser provado pelo devedor, no caso do art. 809, e pelo credor no caso do art. 810. Por ser caso excepcional é ao filho que compete provar o motivo pelo qual não póde viver em companhia de seus pais.

> Art. 811.—Cessa a obrigação de alimentos:
>
> 1.°—Quando o devedor não póde continuar a presta-los;
>
> 2.°—Quando o credor deixa de precisar delles;
>
> 3.°—Si o alimentado houver praticado contra o devedor algum dos actos de que trata o art. 1797;

Digitized by Google

4.º—Por morte do devedor;

5.º—Por morte do alimentado, sendo neste caso o devedor obrigado pelas despezas do funeral.

6.º—Si o alimentado deixa sem justo motivo a casa do devedor.

O primeiro caso, em que o devedor fica desobrigado de prestar alimentos, é quando não póde continuar a presta-los. E' de evidencia. Suas circumstancias mudárão; sua fortuna diminuio; sobreveio-lhe augmento de familia, ou outros encargos, que não tinha ao tempo, em que começou a prestar alimentos. Já no art. 800 se disse que para haver obrigação de prestar alimentos é indispensavel que a pessoa, que deve presta-los, possa faze-lo sem ficar privada dos necessarios recursos para a sua subsistencia.

Si o alimentado deixa de precisar de alimentos, cessa a obrigação de presta-los. E' a necessidade que dá direito a exigir alimentos, e, cessada a razão, deve necessariamente cessar a obrigação; é ainda o que se deduz do art. 800. Si o alimentado, por exemplo, recebeu uma herança, que lhe dá recursos para sustentar-se, não póde exigir alimentos.

O terceiro caso, em que cessa a obrigação de alimentos, é quando o credor pratica contra o devedor algum dos actos, de que trata o art. 1797, isto é, si o offende por acto criminoso, em que tem logar a accusação por parte da justiça. Si o pai póde desherdar o filho, que, por exemplo, tentou contra a sua vida, por maioria de razão poderá recusar-lhe alimentos. O alimentado deve ser grato ao alimentante, que dá-lhe meios de vida, e si mostrar-se ingrato é de razão que seja delles privado.

O quarto caso, em que cessa a obrigação de alimentos, é quando morre o devedor. Já o explicámos no artigo 805.

A morte do alimentado é o quinto caso, em que cessa a obrigação de prestar alimentos.

O direito a alimentos é meramente pessoal, e não transmissivel com a herança. O herdeiro do credor não póde exigi-los, sinão estando em identicas circumstancias ás daquelle; então os exige por direito proprio, e não na qualidade de herdeiro.

Digitized by Google

Fallecendo o credor dos alimentos, o devedor ainda é obrigado pelas despezas do funeral; e está entendido que, assim como os alimentos são proporcionaes á posição social do alimentado, assim tambem deve ser o seu funeral.

A ultima causa, que faz cessar a obrigação dos alimentos, é quando o credor obrigado a viver em companhia do devedor o abandona. Não sendo este obrigado a alimenta-lo, sinão em sua propria casa, si o credor o abandona, necessariamente deve cessar a obrigação, salvo si o faz com justo motivo, si, por exemplo, o devedor o maltrata, de fórma que seja-lhe impossivel continuar a viver em sua companhia.

Art. 812.—O direito aos alimentos, devidos de futuro, não póde ser renunciado, nem ser objecto de contrato, nem ser compensado com o que deva o alimentado ao devedor dos alimentos, bem que possão deixar estes de ser pedidos, e que se possão renunciar os alimentos vencidos.

O direito a alimentos não póde ser renunciado, porque a sua origem é a necessidade; a lei não autoriza a renuncia da propria existencia, que depende essencialmente dos alimentos. Pela mesma razão não póde ser objecto de contrato.

Si a lei permittisse qualquer contrato sobre o direito a alimentos, seria facil o credor ou qualquer estranho, especulando com a indigencia, por insignificante interesse antecipado, fazer cessar o direito, e ficar o credor privado de meios de subsistencia.

Si o credor dever alguma quantia ao alimentante, não é permittido a este compensar a divida com a dos alimentos. Estes são devidos pela extrema necessidade do alimentado, e autorizar-se em tal caso a compensação, fôra priva-lo dos recursos necessarios para a vida.

Si o credor não pede os alimentos, que lhe são devidos, é que delles não precisa; e si houver vencidos, nada obsta que possão ser renunciados, e que sobre elles se faça qualquer contrato. O que a lei prohibe é a transacção sobre alimentos devidos do futuro e a renuncia dos mesmos.

Digitized by Google

Está entendido que aqui só se trata de alimentos devidos *jure sanguinis*, por direito de familia ; se fôrem devidos por qualquer outra causa, póde o credor renuncia-los, e sobre elles fazer qualquer contrato, e bem póde o devedor fazer compensação com o que lhe deve o credor, conforme as regras geraes da compensação.

Alguem, por exemplo, deixa em seu testamento uma pensão a titulo de alimentos. Si o testador nada declara em contrario, póde o devedor fazer qualquer transacção sobre a pensão, que lhe é devida ; póde aliena-la ; póde renuncia-la, ou sobre ella entrar em qualquer negocio com o devedor ou com estranhos.

Si o credor dever ao devedor qualquer quantia, é permittido a compensação. Mas si outra cousa mandar o testador, cumprida será sua vontade.

Art. 813.—Não fica o devedor de alimentos exonerado pelas pensões, que pagar adiantadas por mais de seis mezes, si a isto não estiver obrigado.

Os alimentos são devidos para acudirem ás necessidades diarias do alimentado, e á proporção que estas se vão dando. Não deverá o devedor fazer antecipações, que excedão de seis mezes. Do contrario ser-lhe-hia facil, especulando com a indigencia, transigir sobre os alimentos. Bastava que, a troco de pequena quantia, levasse o credor a dar-lhe recibo de pensões antecipadas de muitos annos.

Si, por exemplo, apparecer recibo passado pelo credor de pensões pagas com antecipação de um anno, só será attendido quanto ao pagamento dos seis primeiros mezes.

O art. 813 não prohibe que o alimentante antecipe qualquer pensão, só não admitte que exceda de seis mezes. E' facil acontecer ter o alimentado urgente necessidade de dinheiro em caso não previsto, e precisar de antecipação de algumas pensões. O devedor só poderá adianta-las até seis mezes.

Art. 814.—Os alimentos devidos por prestações periodicas serão pagos no principio de cada periodo.

Si cessar a obrigação do devedor, antes de terminar o periodo, não terá elle direito a reposição alguma.

Digitized by Google

O pagamento de qualquer pensão alimenticia deve ser feito no principio de cada período ; o auxilio poderia se tornar illusorio, si a pensão fôsse paga no fim. O alimento é exigido para as necessidades diarias.

Ainda em favor dos alimentos, estabelece o art. 814 que, cessado o direito do credor antes de findo o periodo, não ha obrição de reposição alguma. Por exemplo, é devido a Pedro uma pensão semestral de 600. Pedro a recebe no principio do primeiro mez e fallece no segundo ; seus herdeiros nada terão a repôr, comquanto faltassem ainda quatro mezes para terminar-se o periodo. Mas tratando-se de qualquer outra prestação, terão os herdeiros de repôr 400 correspondentes aos quatro ultimos mezes.

Art. 815.—Proposta em juizo a acção de alimentos, póde o autor pedir provisoriamente alimentos para a despeza da causa, e para a sua sustentação, no decurso do litigio.

Art. 816.—Os alimentos, de que trata o artigo antecedente, serão arbitrados segundo a necessidade, e qualidade das pessoas, e o valor da causa, e podem ser pedidos antes ou em qualquer estado desta.

E' o que se chama *alimentos provisionaes*. Aquelle que tem direito a alimentos deve ter meios para mante-lo. Uma demanda não se propõe em juizo sem as indispensaveis despezas. Aquelle que não cumpre a obrigação natural de sustentar seus parentes, deve a este os meios de provar seu direito. Não ha nisso injustiça, porque sem os alimentos provisionaes o indigente nunca poderá exigir os ordinarios, e frustadas serão as disposições legaes, que lhe concedem um direito sem realização.

Estes alimentos, continua o art. 816, do projecto, serão arbitrados segundo a necessidade e qualidade das pessoas. E' o que já se disse quanto aos alimentos ordinarios.

Podem ainda ser pedidos ou para propôr a acção, ou para o seguimento della já iniciada, conforme as necessidades.

Digitized by Google

TITULO II

Da tutela e da curadoria

CAPITULO I

Da tutela

SECÇÃO I
DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 817.—A representação legal dos menores e interdictos é confiada a seus tutores.

A tutela se refere a duas classes de pessoas incapazes, os menores e interdictos, isto é, aquelles que são declarados taes, pela lei, os menores, e aquelles que só por sentença são declarados incapazes.

O patrio poder, comquanto em grande parte seja regulado pelas disposições relativos á tutela, é todavia muito differente. A autoridade do pai, e com justa razão, é maior que a do tutor; aquelle tem o usufructo dos bens, que administra, emquanto o tutor é obrigado a prestar contas dos rendimentos dos bens do menor ou interdicto.

O titulo 2° trata da tutela e da curadoria. A tutela se refere tanto aos menores como aos interdictos. O tutor cuida não só da pessoa do tutelado como da administração de seus bens; o curador é simples administrador. O demente é incapaz de reger seus bens e sua pessoa, e fica debaixo de tutela; o prodigo rege livremente sua pessoa, mas fica debaixo da curatela, quanto a certos actos de administração de que a lei o interdiz, sem a assistencia de um curador.

Digitized by Google

O ausente, onde esteja, exerce todos os actos da vida civil, rege livremente sua pessoa; mas seus bens desamparados são administrados por um curador.

Por direito romano ao interdicto se dava curador. *Lex Duodecim Tubularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est in curatione jubet esse agnatorum.* O pubere administrava seus bens e geria seus negocios, mas com a assistencia de seu tutor. Era uma ficção, que o projecto não adopta. Entrega em tudo a representação do menor ao seu tutor, o que é conforme a realidade das cousas. Si o menor é incapaz, não ha necessidade alguma de fazê-lo apparecer nos actos que o interessão; sua representação legal deve ser completa.

As nossas ordenações adoptão em grande parte as ficções romanas. Assim em qualquer litigio mandão que seja citado o pubere quando réo, e quando autor deve passar procuração com assistencia de seu tutor.

Art. 818.—A tutela é um encargo de que ninguem póde se escusar, salvo nos casos declarados na lei.

Os casos em que póde haver escusa legitima da tutela vêm definidos no art. 841.

SECÇÃO II

DA TUTELA DOS MENORES

Art. 819.—São menores as pessoas, que não tiverem a idade de 21 annos completos, si antes não se tiverem emancipado, e salvo as restricções legaes sobre a emancipação.

O termo da minoridade não é o mesmo para todas as legislações, porém o mais commum é aos 21 annos completos. Pela Ord. L. 3, tit. 41 a menoridade terminava aos 25 annos; a Lei de 31 de Outubro de 1831 a faz terminar aos 21 annos.

Digitized by Google

O art. 819 está de accordo com a legislação vigente, mas accrescenta *si antes não se tiver emancipado*. O casamento, por exemplo, emancipa; aquelle que se casa de 14 annos deixa de ser menor. Assim não ha menor *emancipado*; porque logo que qualquer pessoa se emancipa torna-se maior, qualquer que seja a sua idade. Não se dando o facto da emancipação, só aos 21 annos cessa a menoridade do individuo, qualquer que seja o seu sexo.

Nas leis vêmos de continuo as expressões *maiores e menores emancipados*. Pela definição do art. 819 tornão-se redundantes as palavras *menores emancipados*; bastará dizer *maiores*.

A lei hypothecaria diz que aos *menores* compete hypotheca legal sobre os immoveis do tutor. De que menores se trata? Comprehende tambem os emancipados, que não tiverem 21 annos? Por falta de uma definição como a do art. 819, será necessario que na lei sempre se declare de que menores se trata.

O art. 819 ainda accrescenta: *salvo as restricções legaes sobre emancipação*.

Ao emancipado, comquanto se tenha tornado maior pelo facto de emancipação, não lhe são todavia permittidos certos actos. Essas limitações são as que mencionão os arts. 898 e seguintes. Si o menor se casa sem autorização de seu representante legal, comquanto fique emancipado, não recebe seus bens, que continuão debaixo da administração do pai ou tutor.

Art. 820.—Na falta dos pais, ou estando elles impossibilitados, é o patrio poder supprido pela tutela.

Emquanto existe qualquer dos pais, não tem logar a tutela; os menores conservão-se debaixo do patrio poder. São os pais, se diz vulgarmente, tutores natos dos filhos; não ha ahi propriamente

Digitized by Google

tutela; ha grande differença entre este e o patrio poder, como já vimos.

Por morte de ambos os pais, começa a tutela, ou achando-se elles impossibilitados. Si o pai é demente, e não existe a mãi, tem logar a tutela de seus filhos menores; porque a demencia o impossibilita de exercer o patrio poder.

Art. 821.—A tutela é testamentaria, legitima ou dativa.

A divisão da tutela em testamentaria, legitima e dativa é reconhecida no direito vigente; mas o projecto faz profundas alterações, quando as regula, como se verá dos artigos seguintes.

SUB-SECÇÃO I

DA TUTELA TESTAMENTARIA

Art. 822.—O pai, ou a mãi, póde nomear, em testamento, tutor ao seu filho menor, legitimo ou perfilhado, si o outro progenitor fôr fallecido, ou se achar impossibilitado de exercer o patrio poder.

O filho menor, legitimo ou perfilhado, fica debaixo do patrio poder do pai, e da mãi na falta ou impossibilidade do pai. Portanto emquanto existir um dos progenitores com direito ao patrio poder, não poderá o outro nomear tutor em testamento ao filho menor commum.

Bem o póde fazer si o outro progenitor está impossibilitado, por exemplo, si é demente ou ausente. E' o que dispõe o art. 822.

Só o pai, ou a mãi, póde dar tutor testamentario ao filho menor. Neste ponto o projecto aparta-se do direito vigente, que tambem o permitte ao avô (Ord. L. 4 tit. 102 § 1°).

O direito de nomear tutor testamentario emana do patrio poder; o projecto não o concede ao avô, e consequente com

Digitized by Google

este systema, tambem não permitte ao avô nomear tutor aos netos.

Pelo direito vigente tambem á mãi não é permittido nomear tutor testamentario a seus filhos menores, por não ter ella o patrio poder; e póde ainda em testamento ser excluida pelo marido do direito de reger a pessoa e administrar os bens de seus filhos menores, sendo a este permittido nomear um estranho tutor dos filhos do casal.

O projecto, concedendo á mãi o patrio poder, não podia negar-lhe a faculdade de dar tutor testamentario a seus filhos menores, e nem o pai póde nomear tutor testamentario aos filhos, emquanto existir a mãi e poder ella exercer o patrio poder.

Alguns codigos modernos permittem que os pais nomeem tutor a seus filhos por acto authentico, entre vivos. O art. 822 só o permitte por meio de testamento.

Art. 823.—A nomeação do tutor, feita em testamento pelo pai ou pela mãi, por estar o outro progenitor impossibilitado de exercer o patrio poder, fica sem effeito, si o impedimento vier a cessar.

Si a mãi, por exemplo se acha impedida de exercer o patrio poder, é licito ao marido nomear tutor aos seus filhos menores: é a decisão do artigo antecedente. Mas si vier a cessar o impedimento da mãi, a nomeação do tutor feita pelo pai ficará sem effeito, e a mãi tomará conta da direcção da pessoa e administração dos bens de seus filhos menores, em virtude do patrio poder que reassume, cessada a interdicção.

Da mesma fórma se decidirá si foi a mãi quem nomeou o tutor testamentario por impedimento do pai, e vem este a cessar.

Art. 824.—Si a mãi nomear seu marido tutor de algum filho, havido antes do casamento, ficará tal nomeação dependente da confirmação do juiz.

Uma mulher casada póde ter um filho perfilhado, havido antes do casamento, ou legitimo havido de anteriores nupcias.

Digitized by Google

Embora se tenha casado, não perde o patrio poder sobre qualquer desses filhos, e por conseguinte póde nomear-lhes tutor testamentario. Si, porém, nomear tutor seu marido, fica a nomeação dependente da confirmação do juiz.

A Ord. L. 4 tit. 102 § 1 explica o que seja confirmação do juiz: «E saberá outrosi si deixou por tutor ou curador pessoa que por direito o póde ser, que não seja menor de 25 annos ou sandêo, ou prodigo, ou inimigo do orphão, ou pobre ao tempo do fallecimento do defunto, ou escravo, ou infame, ou religioso, ou impedido de algum outro impedimento perpetuo.»

A confirmação nas idéas do projecto consistirá na investigação, que deve fazer o juiz si ao marido nomeado pela mãi tutor de seus filhos existe algum dos impedimentos, de que trata o art. 846 e seguintes.

A razão de se exigir a confirmação do juiz, no caso de que trata o artigo, é porque póde a nomeação ter sido feita por suggestões do marido, e a lei, em beneficio dos menores, presume a fraqueza da mulher em taes actos.

Art. 825.—Póde ser nomeado um só tutor para todos os filhos ou um para cada um, ou para algum ou alguns delles.

Por direito romano podem ser nomeados muitos tutores para um só tutelado. *Si pluris sunt adgnati, proximus tutelam nasciscitur: et si eodem gradu plures sint omnes tutelam nasciscuntur.* (L. 9, Dig. de Legit. tutel.).

O art. 825 não permitte. A regra é que todos os filhos devem ter um só tutor. Isto, porém, não impede que seja nomeado um tutor para cada um dos filhos.

Um pai tem quatro filhos; póde nomear quatro tutores, sendo um para cada um delles; póde nomear dous tutores, um para dous filhos e o segundo para os dous outros, ou um para três filhos e outro para o quarto. E póde nomear um só tutor para os quatro filhos. O que se lhe não permitte é nomear mais

Digitized by Google

de um tutor para o mesmo filho, ou simultaneamente para mais de um filho.

Dividir a tutela e a responsabilidade é contra os interesses do menor, cujos bens devem ser administrados com unidade de vistas; com um só tutor ha unidade, mais rapidez e bôa ordem na administração, o que se não dará si houver confusão de representações. Havendo mais de um tutor, a qual obedecerá o o tutelado, quando as determinações fôrem contrarias?

> Art. 826.— Si fôr nomeado mais de um tutor para todos os filhos, ou para cada um, ou para algum ou alguns delles, julgar-se-hão nomeados, afim de substituirem-se pela ordem da nomeação, no caso de morte, recusa ou impedimento, si a precedencia entre elles por outro modo não fôr especificada.

Em consequencia da disposição do artigo antecedente determina o art. 826 que, si ao mesmo menor fôr nomeado mais de um tutor, será respeitada a nomeação; mas se entenderá que o testador os nomeou com o fim de se substituirem pela ordem da nomeação, no caso em que os primeiros da ordem não possão aceitar ou exercer a tutela. Si, porém, o testador declarar qual seja a ordem de precedencia entre os tutores nomeados, assim se observará.

> Art. 827.—Procede a regra do artigo antecedente, ainda que o testador tenha ordenado que a tutela seja exercida simultaneamente por mais de um tutor.
>
> Paragrapho unico.— Podem, porém, ser nomeados um ou mais curadores, para certos bens ou negocios designados.

A determinação do artigo antecedente é de interesse publico, porque se trata de menores, de cuja pessoa e bens incumbe á sociedade cuidar. Ainda que o testador, contravindo o disposto no art. 826, tenha nomeado mais de um tutor para o mesmo menor, tal nomeação não terá effeito.

O tutor rege a pessoa do menor e administra seus bens; ao mesmo tempo que cuida de seus interesses materiaes, tem o não menos importante dever de cuidar de sua educação e de

Digitized by Google

dirigi-lo e tornar-se capaz, ao tempo da maioridade, dos actos da vida civil.

A administração do bens ainda é um dever mais secundario que o da educação. As funcções da administração podem, sem inconveniente, ser partilhadas por outra pessoa. Um tutor, sob sua responsabilidade, póde nomear administradores de certos bens que lhes são confiados; mas só a elle pertence o cuidado da direcção da pessoa do seu tutelado.

E' assim que o paragrapho unico do art. 827 permitte ao testador nomear curador especial para certos bens e negocios determinados.

> Art. 828.—Aquelle que dér ou deixar bens ou herança a algum menor, póde nomear curador para os ditos bens ou herança, emquanto durar a menoridade.

Ainda que um estranho deixe bens valiosos a um menor, ou o institua herdeiro de herança importante, não lhe é permittido nomear em testamento tutor ao menor.

O tutor, como já dissemos, cuida da pessoa do menor, e este dever é de tanta responsabilidade que só aos pais faculta a lei a sua nomeação sem confirmação do juiz; só nesse caso presume ter sido nomeada pessoa idonea, porque ninguem zelará melhor que um pai pela felicidade de seus filhos.

Aquelle, que deixar bens a um menor, apenas poderá nomear curador para os mesmos bens. Para a sua administração póde não ter confiança no tutor, e não quererá que taes bens sejão mal administrados em prejuizo da pessoa, que tem intenção de beneficiar.

> Art. 829.—O tutor testamentario não é obrigado a aceitar a tutela; mas, uma vez aceita, será obrigado a servir emquanto durar a menoridade, salvo provando justo impedimento.

Comquanto a tutela seja um cargo, de que ninguem sem justo motivo se possa escusar (art. 818), isso se entende quando

Digitized by Google

ella é deferida por lei, ou dada pelo juiz em nome da mesma. Um particular não está autorizado a impôr a outrem a obrigação de aceitar a tutela de seus filhos. O tutor testamentario não póde ser obrigado a aceitar a tutela.

SUB-SECÇÃO II

DA TUTELA LEGITIMA

Art. 830.—Na falta dos pais, ou estando elles impossilitados de exercer o patrio poder, e não havendo tutor testamentario, tem logar a tutela legitima do menor que fôr filho legitimo.

A tutela legitima tem igualmente sua origem na lei das Doze Taboas.

« Quando o pai não nomear tutor aos filhos, diz a L. 1, Dig. de legit. tutel., os parentes mais chegados, habeis para succeder-lhe, são chamados pela lei das Doze Taboas, para serem seus tutores. E isto por uma grande providencia, *hoc summa providentia*; porque por isso mesmo que estes têm mais interesse do que outros, hão de defender os bens daquelles e obstar-lhes a delapidação e desvio.

Julgão alguns pouco conveniente a tutela legitima, por ser entregue a direcção da pessoa dos menores a pessoas que não se interessão por sua existencia, por serem seus legitimos herdeiros. Mas devemos suppôr nos homens antes bons do que máos sentitimentos. Demais a tutela legitima tem de ser confirmada pelo juiz, que poderá excluir aquelle que, embora chamado por lei para tutor, não tem a necessaria idoneidade.

« E si algum orphão, diz a Ord. L. 4 tit. 102 § 3, não tiver tutor ou curador, que lhe fôsse deixado em testamento, e tiver mãi ou avó que viverem honestamente, e não fôrem já outra vez casadas, e quizerem ter as tutorias ou curadorias de seus filhos ou netos, não consentirá o juizo de orphãos, que usem

Digitized by Google

dellas até perante elle se obrigarem de bem e fielmente administrarem as pessoas de seus filhos ou netos; e que havendo de casar, antes que casem, pediráõ que lhes sejão dados tutores e curadores, aos quaes entregaráõ todos os bens que aos ditos orphãos pertencerem; para o que renunciaráõ perante o juiz o beneficio da lei do Veleiano, o qual diz que nenhuma mulher póde ser fiadora. E assim renunciaráõ todos os outros direitos e privilegios concedidos em favor das mulheres. »

Assim conforme a Ordenação, a tutela legitima da mãi e da avó não é obrigatoria, é si ellas a quizerem aceitar. A razão é porque ás mulheres são concedidos certos privilegios, como seja o favor de Veleiano, e não podem ellas ser forçadas a renuncia-los contra sua vontade.

Pelo projecto, porém, não ha taes privilegios, e nada têm de renunciar as mãis e avós, aceitando aquellas o patrio poder e estas a tutela, e portanto não ha violencia obrigando-as a aceitar um encargo a que são chamadas pelas mais estreitas relações do sangue.

A tutela legitima só tem logar concorrendo a falta dos pais e de tutor testamentario. A falta dos pais, porque antes de qualquer tutela lhes compete o patrio poder; a falta de tutor testamentario, porque sendo os pais os unicos que podem nomea-lo, por se presumir que pelo amor natural dos filhos acertaráõ melhor na escolha de quem os tem de dirigir e administrar seus bens, si não nomeárão tutor, entendêrão que o vinculo do parentesco era garantia sufficiente para que deixassem á lei e ao juiz o supprirem a sua vontade na escolha do tutor de seus filhos.

Só aos filhos legitimos é applicavel esta tutela; aos perfilhados só é applicavel o patrio poder nos termos já estabelecidos, e a tutela dativa na fórma do art. 838.

Os filhos espurios não têm familia, os perfilhados só têm direitos em relação aos pais; e portanto, segundo a lei, não têm avós e nem collateraes: a tutela legitima não lhes póde ser applicavel.

Digitized by Google

Art. 831.—A tutela legitima incumbe sómente aos ascendentes do menor, na ordem seguinte:

1.º—Ao avô paterno;

2.º—Ao avô materno;

3.º—A' avó paterna;

4.º—A' avó materna;

5.º—Aos mais ascendentes de ambos os sexos, preferindo-se sempre o paterno em igualdade de grão, e o sexo masculino ao feminino.

Pela Ord. L. 4 tit. 102 § 5 a tutela legitima não é deferida só aos ascendentes. Depois da mãi, ou avó, é chamado o parente mais proximo, que houver no logar, ou seu termo, onde se acharem os bens, nomeando o juiz e constrangendo a aceitar, si o menor tiver muitos parentes em igual gráo, aquelle que fôr mais idoneo e habilitado.

O projecto só considera como tutores legitimos os ascendentes. Os collateraes, é certo, têm a preferencia, conforme a proximidade do gráo, é tutela dativa nos termos do art. 836, mais é o Juiz quem os nomêa, entretanto que na tutela legitima, de que trata o art. 831, é o ascendente que se apresenta com o seu direito a reclamar a tutela de seus descendentes. O juiz só tem de examinar si é elle idoneo, embora exista algum outro ascendente mais idoneo, mas em gráo mais remoto.

Na tutela dativa, de que trata o art. 836, o juiz escolhe o mais idoneo, embora em gráo de parentesco mais remoto.

Se diz que o amor paterno e filial cresce descendo, e diminue subindo: um avô terá menos amor ao neto, que o bisavô deste; o neto terá mais amor ao avô que ao bisavô. Mas tambem as faculdades intellectuaes e habilitações decrescem com a idade, e o excesso de amor gera tambem nimia condescendencia.

A serem exactas estas regras, o avô será mais idoneo para ser tutor do neto, que o bisavô deste.

O art. 831 conferindo a tutela legitima, sómente aos ascendentes dá, por essa razão, a preferencia aos ascendentes mais proximos.

Dá igualmente a preferencia ao ascendente por parte do

Digitized by Google

pai, estando outro no mesmo gráo, não porque entenda que aquelle é mais idoneo, mas pela preeminencia do sexo, e porque o homem é em regra o chefe da familia.

Art. 832.—A tutela legitima depende da confirmação do juiz.

A ordem de preferencias est abelecida no artigo antecedente funda-se em simples presumpção. O avô póde não ser idoneo para exercer a tutela. O juiz só tem de indagar si o tutor legitimo chamado á tutela é idoneo e não si ha algum outro mais idoneo. Não succede assim na tutela dativa: o juiz póde dentre os parentes collateraes ir procurar o de gráo mais remoto, si este é mais idoneo, que outro de gráo mais proximo, embora tambem idoneo, mas não tanto como o de gráo mais remoto.

Art. 833.—O tutor legitimo é obrigado a servir emquanto durar a menoridade, salvo provando justo impedimento.

E' uma obrigação, que nasce *ex jure sanguinis*, e portanto não se extingue. O ascendente, sem escusa legitima, não póde eximir-se da obrigação de exercer a tutela emquanto o tutelado fôr menor, isto é, emquanto não completar 21 annos ou não emancipar-se.

SUB-SECÇÃO III

DA TUTELA DATIVA

Art. 834.—Na falta de tutor testamentario e legitimo, terá logar a tutela dativa.

Si o pai ou a mãi não tiverem nomeado tutor testamentario a seus filhos, e si não houver ascendente que seja obrigado a aceitar a tutela, cumpre ao juiz nomear-lhes tutor. A educação do menor, a direcção de sua pessoa, a administração de seus

Digitized by Google

bens, envolvem interesses de ordem publica, que não pódem ser prescindidos.

Art. 835.—O tutor dativo, sendo o menor legitimo, será nomeado pelo juiz na fórma do artigo seguinte.

Trata-se de tutela dativa, mas só no caso de ser o menor filho legitimo; porque o filho illegitimo não pertence á familia dos pais, e é elle tutelado como qualquer outro menor sem attenção aos seus parentes.

Art. 836.—Sendo igualmente idoneos, serão preferidos para tutores na ordem seguinte:

1.º—Os irmãos germanos;
2.º—Os irmãos uterinos;
3.º—Os irmãos consanguineos;
4.º—Os irmãos da mãi;
5.º—Os irmãos do pai;
6.º—Qualquer outro parente mais proximo;
7.º—Qualquer estranho.

Paragrapho unico.—Em igualdade de gráo de parentesco preferirá o parente mais velho, qualquer que seja o sexo.

O juiz na nomeação dos tutores dativos tem a mais plena liberdade; póde nomear um estranho com preferencia a qualquer parente collateral, si este estranho é mais idoneo, e só no caso de haver igual idoneidade é que deve seguir a gradação de preferencias estabelecidas no art. 836.

Têm a preferencia para a tutela dativa em primeiro logar os irmãos germanos; porque, sendo estes filhos do mesmo pai e da mesma mãi, é de presumir maior affeição entre elles.

Os irmãos uterinos de ordinario mais se amão que os consanguineos, sendo aquelles filhos da mesma mãi, e por isso são preferidos aos consanguineos para a tutela dativa. O mesmo diremos dos tios por parte das mãis em relação aos tios por parte do pai.

Na falta dos acima mencionados é preferido qualquer parente mais proximo do tutelado até ao 10º gráo; porque do 10º gráo em diante a lei não reconhece mais parentesco (art. 89).

Só na falta de parentes serão chamados os estranhos.

Póde succeder que exista mais de um parente no mesmo

Digitized by Google

gráo, por exemplo dous irmãos germanos: será tutor o irmão mais velho. Não importa que seja uma irmã ou qualquer outro parente do sexo feminino. O projecto não considera as mulheres como incapazes para o exercicio de qualquer tutela, assim como tambem não as considera incapazes para qualquer outro acto da vida civil.

> Art. 837.—Si na nomeação do tutor não fôr observada a ordem do artigo antecedente, antes de aceita a tutela poderá reclamar tanto a pessoa nomeada, como a preterida.
>
> Paragrapho unico. — Depois de aceita a tutela, a reclamação só será admittida depois de tres annos continuos de exercicio da mesma.

Supponha-se que, no exemplo do artigo antecedente, é nomeado tutor o irmão mais moço, devendo ser o mais velho, sendo ambos igualmente idoneos: este poderá reclamar e exigir a tutela. Da mesma fórma o irmão mais moço nomeado poderá reclamar para isentar-se, si não quizer exercer a tutela. E' uma faculdade que têm elles de reclamar ou não.

A reclamação só tem logar antes de aceita a tutela; depois de aceita só poderá ser admittida, passados tres annos do exercicio da tutela; porque o tutor dativo só é obrigado a servir por esse tempo (art. 839).

> Art. 838.— Não sendo o menor filho legitimo, o juiz lhe dará por tutor pessoa idonea, seja ou não parente seu.

Os filhos illegitimos, naturaes ou espurios, não pertencem ás familias dos pais. Quando perfilhados, só têm direitos em relação aos pais perfilhantes. Aos filhos espurios não compete direito algum nem em relação aos pais.

Portanto, si o menor não é filho legitimo, como pela lei não tem elle parente collateral, o juiz dá-lhe por tutor qualquer pessoa idonea, seja ou não seu parente.

> Art. 839. — Os tutores dativos não serão obrigados a servir por mais de tres annos, contados do dia em que começar a administração.

Os tutores legitimos são obrigados a exercer a tutela durante todo tempo da menoridade, porque, como ascendentes do menor

Digitized by Google

são tambem seus herdeiros legitimarios, que não podem ser preteridos. Demais, pelas estreitas relações entre os ascendentes, e descendentes, a propria natureza impõe áquellas a obrigação de cuidarem das pessoas e interesses de seus descendentes, isto é, daquelles a quem derão a existencia.

Não succede assim na tutela dativa. Os parentes collateraes não são herdeiros legitimarios do menor, e não podem ser obrigados a exercer a tutela senão até certo tempo, que o art. 839 reduz a tres annos, a começar do exercicio da administração.

Art. 840.—Qualquer que seja o numero dos menores, filhos dos mesmos pais, lhes será dado um só tutor.

Assim como aos pais não é permittido nomear em testamento mais de um tutor a seu filho menor (art. 825), da mesma fórma não o poderá fazer o juiz. A razão é a mesma : evitar a confusão na administração. A representação legal deve ser unica e indivisivel. Não se concebe que possa haver bôa administração, opinando dous tutores cada um de modo differente, por exemplo, que se proponha uma acção em juizo, ou que se dê ao menor certa educação.

SECÇÃO III

DAS PESSOAS QUE PODEM ESCUSAR-SE DE SER TUTORES DOS MENORES E INTERDICTOS

Art. 841.—Podem escusar-se da tutela.

1.°—O imperador, a imperatriz, os principes e as princezas da familia imperial;

2.°—Os ministros de estado;

3.°—Os ministros do supremo tribunal de justiça, os desembargadores das relações, os juizes de direito, os juizes municipaes, os juizes de orphãos, os juizes do commercio, e os juizes dos feitos da fazenda;

4.°—Os empregados das repartições de fazenda geral ou provincial;

5.°—Os militares em serviço activo.

Ha duas especies de causas, que escusão da tutela : as que simplesmente escusão da tutela, *a suscipienda tamtum tutela* : são

Digitized by Google

as de que trata o art 841; e as que escusão de aceita-la e continuar na tutela aceita, quando sobrevindas posteriormente, *a suscipienda vel etiam suscipita* : são as de que trata o art. 843.

As pessoas declaradas no art. 841, por exemplo os ministros de estado, si, sendo ministros, aceitarem uma tutela, não se poderão mais escusar. As pessoas declaradas no art. 843, os septuagenarios por exemplo, ainda que nessa idade tenhão aceitado uma tutela, poderão se escusar, e si a tiverem aceitado antes de chegarem a essa idade, logo que completarem 70 annos se poderão escusar.

As pessoas mencionadas no art. 841 são capazes de ser tutores; mas por motivos da utilidade publica são declaradas escusas, si o quizerem.

São pessoas, que no exercicio do cargo publico que exercem, entende-se que não disporáõ do tempo necessario para o exercicio da tutela.

Art. 842.—As pessoas declaradas no artigo antecedente, que aceitarem a tutela, não poderão mais escusar-se, emquanto não findar-se o tempo, a que são obrigadas, salvo si tiverem, ou sobrevier-lhes, alguma das escusas do artigo seguinte.

Este artigo marca a differença das causas da escusa especificados no art. 841, e as dó art. 843.

O magistrado que aceita o cargo da tutela de um menor, é porque julga sobrar-lhe tempo para exercer o cargo publico e o da tutela, e aceitando esta não póde mais ser dispensado, emquanto não findar o tempo da mesma, salvo si sobrevier-lhe alguma das causas do art. 843, por exemplo si antes dos tres annos de exercicio completar 70 annos; poderá escusar-se não por ser magistrado, mas por ter completado 70 annos.

Art. 843.—Póde escusar-se da tutela, e de continuar no seu exercicio, quando a tenhão aceitado :

1.°—Os impossibilitados por enfermidade, emquanto ella durar;
2.°—Os maiores de 70 annos;
3.°—O que tiver quatro filhos menores vivos;

Digitized by Google

4.º—O que já exercer uma tutela;
5.º—O que estiver fóra do imperio;
6.º—O que vive de seu trabalho diario, ou que não se poderá encarregar da tutela sem grave prejuizo seu;
7.º—As mulheres casadas, que não sejão ascendentes ou descendentes do interdicto;
8.º—Os analphabetos.

As pessoas declaradas neste artigo podem se escusar da tutela, si o quizerem, e ainda depois de aceita, sobrevindo o motivo da escusa.

São em primeiro logar os impossibilitados por enfermidade, e emquanto esta durar. Um enfermo não terá o tempo necessario para tratar de seus incommodos; mas logo que cesse a enfermidade, é obrigado a assumir a tutela, de que só foi escuso temporariamente, durante a enfermidade.

Um septuagenario está no caso do enfermo; a sua avançada idade póde não permittir-lhe lidar com negocios importantes e de summa responsabilidade. E' uma legitima causa de escusa, e quando no exercicio de qualquer tutela chegar o tutor a essa idade, lhe é permittido requerer dispensa.

Em terceiro logar, quem tiver quatro filhos menores vivos, tem bastante de que cuidar, e deve ser alliviado de uma tutela; já o patrio poder absorve-lhe todo o tempo. Si, tendo só tres filhos, sobrevier-lhe o quarto, poderá escusar-se da tutela já aceita.

Em quarto logar, o que já exerce uma tutela, deve ser escuso de outra. Si a tutela é um encargo de grave responsabilidade, o seu exercicio deve ser motivo sufficiente para o tuotr escusar-se de segunda.

Cumpre, porém, notar que o numero das tutelas não se conta pelo numero dos tutelados; tanto importa ser tutor de um só menor, como de muitos sujeitos á mesma tutela.— *Non numerus pupilorum pluras tutelas facit, sed patrimoniorum separatio.*

Supponha-se que ha dous tutores diversos para dous filhos, tendo cada um destes seu tutor. Si um dos tutores se escusa, bem póde a tutela que exerce passar para o segundo tutor, sem que

Digitized by Google

se possa dizer que ha segunda tutela, porque o patrimonio a administrar é o mesmo. Neste caso o tutor, que recebe a tutela do outro filho, não póde escusar-se a pretexto de ser segunda tutela (Dias Ferreira).

Em quinto logar comprehende-se que áquelle que estiver fóra do imperio será difficilimo exercer a tutela de um menor que esteja no Brazil. Como poderá cuidar da educação do menor, da saude do demente, estando fóra do imperio?

São em sexto logar escusos da tutela os que vivem de seu trabalho diario. O trabalho consome-lhes todo o tempo, o jornaleiro no fim do dia precisa de descanço, a sua subsistencia é ganha com o trabalho do dia. Não lhe sobrará tempo para cuidar de uma tutela.

Da mesma fórma, fôra injustiça obrigar-se a aceitar a tutela aquelle, que a não póde exercer sem grave prejuizo seu.

O n. 6° do art. 843 abrange duas classes de pessoas escusas da tutela: 1ª, as que vivem de seu trabalho; 2ª, as que não podem exercer a tutela sem grave prejuizo seu.

Em 8° logar podem se escusar da tutela as mulheres casadas.

Vimos no art. 811, que, não se tratando de ascendentes ou descendentes, a mulhere casada, com autorização do marido, pode exercer qualquer tutela. A tutela é um encargo de que ninguem se póde escusar sem justo motivo. A mulher, embora casada, se deve tambem á sociedade, que precisa do seu concurso para o bem geral. Por outro lado não póde ser privada do direito de cuidar das pessoas, que lhe são caras.

Mas a mulher casada tem outros deveres a cumprir, e póde recear que o marido obste a que ella cumpra os deveres do cargo da tutela. Não são incapazes, mas podem se escusar.

Tratando-se, porém, da tutela dos interdictos ascendentes ou descendentes da mulher casada, não se póde ella escusar a pretexto de ser casada. E' dever muito sagrado de uma filha, ou de uma mãi, tratar de seu pai, ou de seu filho demente, não ha razão para ser dispensada, nem o casamento. A infelicidade

Digitized by Google

de um louco, ou de um imbecil, não deve ainda ser mais aggravada, ficando elles privados dos cuidados das pessoas, que lhes são mais caras. Fôra ingratidão da parte de uma filha escusar-se da tutela de seu pai a pretexto de ser casada. Ainda que o marido não o queira, a mulher é obrigada a cuidar da pessoa de seu pai interdicto e de zelar seus bens, e para isso não precisa da autorização do marido (art. 710).

Ha uma falta no n. 1 do art. 710; este numero deve ser redigido assim: «Para exercer o patrio poder sobre seus filhos havidos antes do casamento, e a tutela dos mesmos quando interdictos.»

Em ultimo logar, póde se escusar da tutela o analphabeto. Para a administração dos bens, principalmente si estes são importantes, não se concebe como um analphabeto desempenhará bem as suas funcções de tutor, e como possa tomar conta aos seus prepostos. Ha analphabetos que bem administrão seus bens, mas o não saber lêr será uma escusa tratando-se de tutela.

Art. 844.—As pessoas declaradas no art. 841 poderão escusar-se da tutela já aceita, quando no exercicio della occorrer o motivo da escusa.

As pessoas mencionadas no art. 841 exercem funcções publicas no interesse da sociedade, que deve prevalecer sobre o interesse particular. Um tutor é nomeado magistrado; as habilitações para este cargo são excepcionaes; será mais facil encontrar quem tenha habilitações para ser tutor, do que quem as tenha para magistrado. Si o que fôr nomeado magistrado ao mesmo tempo exercer o cargo de tutor não só póde, como deve, escusar-se.

Art. 845.—O que fôr escuso da tutela, será obrigado a aceita-la, cessado o motivo da escusa, si assim o requerer o tutor nomeado.

Um tutor é dispensado da tutela por ter quatro filhos menores; morrendo um destes, cessa a causa da escusa, e é obrigado aceita-la: *cessata causa tollitur effectus.*

Digitized by Google

SECÇÃO IV

DOS QUE NÃO PODEM SER TUTORES DOS MENORES E INTERDICTOS

Art. 846.—Não podem ser tutores:

1.°—Os que estiverem privados da livre administração de seus bens;

2.°—Os que sobre objecto importante tiverem, ou se receia que venhão a ter, demanda com o menor ou interdicto, ou si a tiverem, ou se receia que venhão a ter, seus ascendentes, descendentes, ou mulheres;

3.°—Os que não tiverem domicilio certo;

4.°—Os declarados fallidos, por quebra fraudulenta ou culposa;

5.°—Os que já forão removidos de uma tutela anterior;

6.°—O devedor de somma consideravel ao menor ou interdicto;

7.°—O inimigo capital do menor ou interdicto, ou de seu pai ou mãi;

8.°—As pessoas de máo procedimento;

9.°—O que não tiver modo de vida conhecido;

10.—O que tiver sido condemnado por qualquer dos crimes de prevaricação, peita, suborno, concussão, moeda falsa, falsidade, perjurio, peculato, furto, estellionato ou roubo;

11.—Aquelle que, pelo pai ou pela mãi do menor ou interdicto, foi, em testamento, excluido da sua tutela.

Nos artigos antecedentes tratou-se da escusa dos tutores; nesta secção trata-se da incapacidade de certas pessoas para serem tutores: a incapacidade é absoluta. Não se deve conferir a tutela a certas pessoas, que se presume abusaráõ do cargo em prejuizo dos tutelados, ou que não terão as necessarias habilitações.

1.°—Os que estão privados da administração de seus bens, como os dementes, tambem não se podem encarregar de qualquer tutela; porque nos deveres da tutela está comprehendida a administração dos bens do tutelado.

2.°—Si sobre objecto importante alguem tiver, ou se receia que venha a ter, demanda com algum menor ou interdicto, não deve servir de tutor deste. Um tal tutor de posse dos titulos do tutelado, poderá supprimi-los, ou altera-los.

Digitized by Google

O segredo é uma das principaes forças dos litigantes; e si o tutor litigar com seu tutelado, ficará este baldo de um dos primeiros elementos para fazer valer o seu direito.

O art. 846 exige que a demanda seja sobre objecto importante. O legislador não póde definir o que seja objecto importante. Um objecto póde ser importante para um tutelado de pequena fortuna e insignificante para o de grande. Deixa-se ao criterio do juiz apreciar o caso conforme as circumstancias.

Tanto é incapaz de ser tutor o que tem demanda com o menor ou interdicto, como o que se receia que venha a ter. A razão é sempre a mesma: é a privação ao tutelado dos meios de defender-se, ou de fazer valer o seu direito.

Qualquer pessoa é naturalmente propensa pelos interesses de sua mulher, ascendentes e descendentes; portanto si estes tambem tiverem, ou se receia, que venhão a ter demanda com o menor ou interdicto, se deve considerar suspeita, e por conseguinte incapaz da tutela.

3.º—Não podem ser tutores os que não tiverem domicilio certo. Taes pessoas se reputão vagabundas. Como poderão ser chamadas a contas? Como cuidaráõ da educação de um menor ou de melhorar o estado de um interdicto? Surgem necessidades urgentes, não só quanto á pessoa do menor e do interdicto, como quanto á administração de seus bens, e quem não tem domicilio certo não póde providenciar opportunamente.

4.º—Os declarados fallidos, por quebra fraudulenta ou culposa, não merceráõ a confiança do juiz.

5.º—Pela mesma razão será declarado incapaz de qualquer tutela, o que já foi removido de uma anterior. Mostrou já uma vez que é incapaz de ser tutor, não cumprindo os deveres de seu cargo.

6.º—Aquelle que deve quantia consideravel ao menor, si tomar a posse dos bens deste, poderá com facilidade consumir os titulos da divida.

Digitized by Google

7.º—Um inimigo não administrará convenientemente os bens do seu inimigo; deve-se-lhe presumir má vontade.

8.º—*Maxima debetur puero reverentia.* Aquelle, que tem máo procedimento, não é capaz de dirigir a pessoa de um menor.

9.—O que não tem modo de vida conhecido não offerece garantias para uma bôa administração : é um aventureiro suspeito.

10.—São crimes graves os mencionados neste numero. O autor de qualquer desses crimes, por exemplo, o de furto, deve com justa razão ser suspeito para a administração de bens alheios. E' preciso, porém, que tenha havido uma condemnação; só esta é que prova o motivo da incapacidade.

11.—Ninguem se interessará melhor por seus filhos, que o proprio pai. Si o pai ou a mãi, em testamento, prohibe que certa pessoa seja tutor de seus filhos, deve sua vontade ser respeitada. Ha uma presumpção de acerto.

> Art. 847.—As causas de incapacidade, declaradas no artigo antecedente, fazem cessar a tuteta, quando sobrevindas depois do exercicio della.

Si,por exemplo,um tutor se tornou interdicto da administração de seus bens, deve sem duvida cessar a tutela que exerce.

SECÇÃO V

REMOÇÃO DA TUTELA DOS MENORES E INTERDICTOS

> Art. 848.—Devem ser removidos os tutores :
> 1.º—Si não cumprem suas obrigações ;
> 2.º—Dando-se, ou sobrevindo algumas das causas de incapacidade declaradas no art. 846.

O tutor que se mostra infiel, que não cumpre seus deveres, não deve continuar a exercer a tutela. Os deveres do tutor são

Digitized by Google

os especificados nos arts. 852 e seguintes ; a infracção desses deveres dá causa á remoção.

Diz mais o art. 848, que o tutor deve ser removido dando-se ou sobrevindo alguma das causas do art. 846.

Houve uma nomeação feita contra a lei : a todo o tempo deve ser corrigida por meio da remoção do tutor.

E' nomeada uma pessoa de bom procedimento, mas, depois de nomeada tutor, é condemnada por crime de furto, ou por qualquer dos crimes de que falla o art. 846, é obrigação do juiz remover-lhe a tutela, que exerce.

Art. 849.—A remoção dos tutores :
§ 1.°—Deve o juiz decreta-la de officio.
§ 2.°—Deve requere-la :
1.°—O respectivo escrivão ;
2.°—O agente do ministerio publico ;
§ 3.°—Póde requere-la qualquer pessoa.

Já dissemos que interessa á ordem publica que sejão bem administrados os bens dos desvalidos, a quem a sociedade deve protecção. Não será indifferente que um máo tutor dissipe a fortuna de um menor, ou não lhe dê conveniente educação, tendo elle os meios de recebê-la. Sendo assim, o juiz *ex-officio* decretará a remoção de um tutor, logo que venha ao conhecimento de que elle não cumpre seus deveres, ou que não tem a necessaria capacidade para exercer o cargo ; é a quem especialmente incumbe esse dever.

O officio de escrivão não foi creado só em beneficio dos serventurarios, mas principalmente no interesse daquelles a quem servem. Incumbe-lhe, portanto, denunciar ao juiz a má administração de um tutor, e requerer sua remoção.

Da mesma fórma, ao agente do ministerio publico, que é o Curador Geral dos Orphãos, incumbe a mesma obrigação; o emprego foi especialmente creado para esse fim.

Si o juiz, que tem conhecimento da má administração de

Digitized by Google

um tutor não o remove, ou si o escrivão ou agente do ministerio publico o não denuncia, incorrerão em crime de responsabilidade.

Sendo finalmente de interesse de ordem publica a bôa administração das tutelas, é evidente que qualquer membro da sociedade, deve ter nella alguma ingerencia. Assim, qualquer pessoa que tenha conhecimento de que um tutor não cumpre seus deveres, é autorizado a denuncia-lo, e requerer ao juiz sua remoção. E' uma faculdade que a lei lhe concede, entretanto que é obrigação do escrivão e curador-geral.

Art. 850.—Decretada a remoção, passará a tutela a quem deva ser incumbida, e o tutor prestará contas.

Trata-se aqui de qualquer tutela. Si o tutor testamentario é removido e o testador não nomeou substituto, terá logar a tutela legitima. Si o tutor legitimo foi removido e não ha outro legitimo que o substitua, terá logar a tutela dativa. Si um parente é removido da tutela dativa, passará ella para o parente mais proximo.

Em todo caso o tutor removido prestará contas, porque, sem estas, não póde a tutela ser recebida pelo novo tutor. E' um caso de excepção, em que o tutor é obrigado a contas, sendo a regra a da prestação de contas de dous em dous annos (art. 885).

Art. 851. — Em caso de urgencia, póde o juiz decretar provisoriamente a remoção do tutor, como medida preventiva, quando periguem a pessoa ou os interesses do tutelado.

A tutela não é removida sem um processo ainda que summario, sendo ouvido o tutor, e com inquirição de testemunhas, isto é, com conhecimento de causa. Só por uma simples denuncia não se decretará immediatamente a remoção. E' preciso que seja provada, e fique evidente, que o tutor não cumpre suas obrigações ou que se dá alguma das causas de incapacidade.

Um processo, por summario que seja, consome tempo, e tem-se visto durarem mezes processos de remoção. Durante o

Digitized by Google

processo podem perigar os interesses do tutelado; o tutor, por exemplo, continúa na lapidação dos bens deste, de fórma que, quando fôr sentenciada a remoção, será irreparavel o prejuizo.

Em taes circumstancias o art. 851 autoriza o juiz a decretar provisoriamente a remoção do tutor. Tem este, por exemplo, quantias importantes em seu poder, e si não fôr providenciado em tempo, será facil sua dissipação.

E' por certo esta uma faculdade arbitraria que se concede ao juiz. Poderá haver abusos; mas em todo o caso estes não serão de tão graves consequencias, como os prejuizos consideraveis que possão dar-se, não havendo uma providencia a tempo.

SECÇÃO VI

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO TUTOR DO MENOR E DO INTERDICTO

Art. 852. — O cuidado da pessoa, e a administração dos bens dos menores e interdictos, estão especialmente encarregados ao tutor, sob a inspecção do juiz.

Trata esta secção dos direitos e obrigações do tutor do menor e do interdicto; o que ha de especial em relação ao menor se acha no art. 884.

As obrigações do tutor são de duas sortes: em relação á pessoa do tutelado, e em relação aos seus bens. Não cumpre suas obrigações o tutor que não cuida da educação de um menor, seu tutelado, ou da saude do interdicto, embora bem administre seus bens, e *vice-versa*.

Ao juiz incumbe velar para que o tutor cumpra o que lhe ordena a lei.

Digitized by Google

Art. 853.—Incumbe ao ministerio publico e ao respectivo escrivão, e é facultado a qualquer pessoa, denunciar ao juiz as faltas do tutor no cumprimento de suas obrigações, e o juiz de officio deve decretar as medidas necessarias, sem embaraçar a administração do tutor.

Não se trata aqui do caso, em que é necessaria a remoção do tutor: esse caso está prevenido nos arts. 848 e seguintes. Um tutor, por exemplo, se arrisca a um negocio, que póde comprometter os interesses do seu tutelado; qualquer pessoa póde denunciar o facto, e o juiz nesse caso póde mandar o que fôr necessario para obstar um prejuizo imminente. E' uma intervenção benefica do juiz na administração do tutor, o que autoriza o art. 853, sem comtudo embaraça-lo, e sem que tambem haja necessidade da remoção.

Art. 854.—O tutor é obrigado a administrar os bens, e a tratar dos negocios de seu tutelado com todo o zelo, diligencia e fidelidade, como o faria uma pessoa diligente e cuidadosa a respeito de seus proprios bens e negocios.

Já vimos no art. 775 ser identica a obrigação dos pais quanto á administração dos bens de seus filhos menores.

O art. 2284 diz que o mandatario é obrigado a applicar toda a diligencia *de que é capaz* no desempenho do mandato de que é encarregado.

O tutor é obrigado, diz o art. 854, na administração dos bens de seu tutelado, a applicar todo o zelo e diligencia, como o faria uma pessoa diligente e cuidadosa a respeito de seus proprios negocios, *ou como um bom pai de familia*, na expressão de outros codigos.

Aquelle, que voluntariamente nomêa alguem seu mandatario, não póde exigir deste senão a diligencia e cuidado *de que é capaz* o mandatario. Si deu procuração a uma pessoa inepta, a um imbecil, a si deve imputar a escolha, que fez. Até um menor póde ser nomeado procurador, e o mandante é responsavel por seus actos. O mandatario só applica o cuidado de que é capaz.

Digitized by Google

A tutela, porém, não é um mandato. O tutor conhece ou deve conhecer as responsabilidades do seu encargo. Não é só um particular o interessado pela bôa administração, mas a sociedade; é a razão por que se exigem no tutor certas habilitações; nem todos o podem ser.

Art. 855.—Os bens do tutelado serão entregues ao tutor depois de avaliados e inventariados, ainda que taes actos tenhão sido dispensados pelos pais.

A avaliação dos bens tem por fim regular a responsabilidade do tutor; não póde elle, em vez de bens, entregar o seu valor; deve entrega-los taes como recebeu. Si o tutor os extraviou, no caso de não poderem ser reivindicados, a avaliação já é um elemento para se poder calcular a indemnização devida.

Os bens devem ainda ser inventariados judicialmente para se regularem as contas do tutor, e isto tanto em beneficio do tutelado como do tutor. Desta obrigação não ficará isento, ainda que tenha sido dispensado pelos pais do tutelado.

Do contrario a tutela seria um encargo illusorio; o tutor prestará as contas que quizer, não havendo um inventario, pelo qual seja chamado a ellas.

Art. 856.—A requerimento do tutor, poderá o juiz nomear administrador de certos bens do tutelado, ou curador, para negocios determinados, ou requisitar essa providencia do juiz competente da localidade, onde existirem os bens, ou onde tenha de ser tratado o negocio.

«E tendo o orphão alguns bens em outro logar fóra da jurisdicção do dito juiz, este juiz escreverá com diligencia ao juiz do logar onde os ditos bens estiverem, dando-lhe declaradamente informação do negocio, e requerendo-lhe da nossa parte, que faça logo dar um curador abonado a esses bens, e lhes faça entregar por escripto, sendo-lhe primeiro dado juramento que os administrará bem e fielmente, e dará conta delles e dos fructos e rendas, que renderem, a todo o tempo, que para isso fôr requerido. E o dito juiz tenha cuidado de haver a resposta por escripto do outro juiz

Digitized by Google

a que tal recado enviar e da obra que por ella fez; o que tudo se escreverá no inventario do dito orphão, para tudo vir á bôa arrecadação, etc. » (Ord. L. 4 tit. 102 § 8).

Nenhum tutelado terá mais de um tutor ao mesmo tempo, como já vimos. Mas por outro lado póde ser difficil ao tutor tratar de negocios da tutela fóra do seu domicilio ; por esta razão a lei dá-lhe a faculdade de requerer um administrador ou curador para certos bens ou negocios determinados. Só o curador o póde requerer ; nem ao juiz é permittido nomea-lo *ex-officio*, ou a alguem requerer pelo tutor ; é este que calculará si convém encarregar o negocio a outrem.

Trata-se aqui da administração de certos bens, e da gerencia de negocios determinados. Não póde, por exemplo, o tutor requerer um administrador para todos os bens do tutelado, porque seria delegar o seu cargo para isentar-se da responsabilidade.

Esta providencia póde ser de vantagem para o tutor. Si nomear administrador para certos bens, ou curador para algum negocio, é responsavel pelos actos delles, entretanto que cessará a responsabilidade, si a nomeação fôr feita pelo juiz.

Art. 857.—O tutor é o representante legal de seu tutelado, em todos os actos civis, tanto em juizo como fóra delle, salvo nos casos expressamente declarados na lei.

Nossos escriptores, seguindo o direito romano, fazem consistir o officio do tutor na autoridade e na administração : *Officium tutoris, quantumcumque illud sit, duobus his continetur, auctoritate et administratione*, diz Mello Freire.

Auctoritas, autorisação, é a palavra empregada nas Institutas, que tomada de *augere* explica a necessidade da concurrencia da pessoa do tutor com a do pupillo, para que um acto por este praticado tenha effeito e validade, que sem isso não terá; de sorte que a incapacidade do pupillo era supprida com o concurso do tutor, o qual assim augmentava, *augebat*, a pessoa do

Digitized by Google

pupillo. A autorisação do tutor não podia ter logar durante a infancia do menor; porque este até os sete annos era incapaz de todo o acto.

O pupillo maior de sete annos podia aceitar obrigações; mas não obrigar-se. Para obrigar-se validamente era indispensavel que o acto fôsse approvado ou autorisado pelo tutor, e nisto consistia a *autorisação, auctoritas.*

A *administração, administratio,* não se referia aos actos, mas á pessoa do menor com preferencia, e secundariamente aos bens.

E' assim que a Ord. L. 3 tit. 29 § 1 dispõe: « E o varão menor de idade de 14 annos, e a femea menor de 12, não podem por si fazer procurador, mas deve-o fazer seu tutor; e o que fôr de 14 e a que fôr de 12 até 25, poderão fazer procurador, havendo para elles autoridade do juiz do feito, ou do curador; e de outra maneira não.

« Porque si o feito fôr tratado por elle mesmo, e a sentença dada contra elle, será por direito nenhuma.

« Si o dito menor fôr réo e ainda não passar de 14 annos, sendo varão, ou de 12, sendo femea, seja citado seu tutor. » (Ord. L. 3 tit. 41 §§ 2, 5 e 8 tit. 63 § 5).

Si o menor é pubere, deve elle mesmo comparecer em juizo e nomear procurador, mas autorisado por seu tutor. « E sendo o menor maior de 14 annos, será necessario apparecer elle mesmo em juizo e fazer seu procurador com autoridade de curador, ou do juiz do feito ou nossa. » (Ord. Liv. 4, tit. 41, § 8).

O projecto não reconhece esse formalismo do direito romano. Em quanto o menor não se emancipa ou chega á maioridade, o tutor é seu legitimo representante para todos os actos, sem ser necessaria a intervenção do menor. Si, por exemplo, para certo acto a opinião do pubere não combinar com a do tutor, qual prevalecerá? Sem duvida a do tutor; o que mostra que a intervenção do menor é inutil como pura formalidade.

Os interesses do menor ficão bem resguardados com a

Digitized by Google

responsabilidade do tutor, a intervenção do juiz e do curador geral para certos actos.

Art. 858.— O tutor não tem a administração dos bens, que adquirir por seu trabalho ou industria o menor, que houver completado a idade de 16 annos.

De taes bens póde o menor dispôr livremente.

Logo que um menor chega á idade de 16 annos, já é necessario conceder-lhe alguma liberdade, quanto á administração e disposição de seus bens. Poderá dispôr livremente do que adquirir por sua industria e trabalho; tal faculdade o animará ao trabalho, pelo qual tomará gosto, sabendo que póde dispôr do que ganhar, ainda que não tenha applicação proveitosa. E não ha nisso inconveniente; porque si o menor applicar o producto de seu trabalho em vicios e actos reprovados, póde ser cohibido pelo tutor, que tem obrigação de cuidar de sua pessoa e de dirigi-lo no caminho da honra e da virtude.

Art. 859.— Os bens moveis do tutelado, si convier ou fôr necessario, podem ser vendidos, precedendo licença do juiz. A venda deve ser feita em hasta publica; salvo si o juiz der licença para se fazer particularmente, ou tratando-se de cousas, que se vendem por intermedio de corretores publicos.

Em regra os bens dos menores não devem ser alienados, mas conservados, afim de lhes serem entregues finda a tutela. Póde, porém, dar-se o caso da necessidade ou conveniencia de sua alienação, sendo, por exemplo, bens, que se podem perder ou deteriorar, ou sendo ella necessaria para as despezas da tutela. O tutor, com licença do juiz, os porá em praça, e não os venderá particularmente, não só para evitar conluios, como porque, em regra, os bens em praça darão maior preço.

Occorrem circumstancias, em que a venda particular é mais conveniente, como si os bens são de difficil transporte para o logar da praça, ou correm risco de perder-se com a demora. Em taes casos póde o juiz autorisar o tutor a vendê-los independente de praça.

Digitized by Google

Tambem não é necessario que se faça a venda em praça, tratando-se de bens, que se vendem por intermedio de corretores, como sejão acções de companhias publicas, e apolices da divida nacional. Taes titulos têm diariamente a sua cotação official, que se publica pelos jornaes, e não ha necessidade de se venderem em praça.

Art. 860.— Independente da licença do juiz, póde o tutor alienar os moveis do tutelado, que são destinados a serem alienados, como acto de pura administração.

Por exemplo, os fructos colhidos e postos nos celeiros, as crias dos animaes e os mesmos animaes das fazendas de criação. E' tambem muitas vezes necessario que o tutor troque uns objectos por outros, que sejão mais proprios para certos fins.

Art. 861.— Os immoveis do tutelado só poderão ser vendidos no caso de necessidade tal, que se não possa escusar, precedendo licença do juiz.

A venda será feita em hasta publica.

A alienação de bens de raiz é acto considerado por todas as legislações como de summa importancia, que excede os limites de pura administração; por essa razão não deve ser feita sinão com autorisação do juiz, e sempre em praça. Não se concebe que possa occorrer necessidade urgente de fazer-se a venda sem ser em praça.

Ha casos em que se torna de necessidade a venda de immoveis, por exemplo, para a reparação ou conservação de outros bens, para alimentos do tutelado ou para melhorar seu estado (art. 924), ou porque suas rendas não compensão as despezas da producção.

A Ord. L. 1 tit. 88 no § 25, tratando dos bens moveis dos orphãos, manda que estes se não vendão sinão em praça, mas não diz o mesmo quanto aos immoveis no § 26. Tem-se, porém, entendido, visto não haver razão em contrario, que tambem os immoveis devem ser vendidos em praça.

Digitized by Google

Art. 862.—A disposição do artigo antecedente tem applicação ao aforamento dos immoveis do tutelado, á demissão do dominio util ou directo, e á constituição de quaesquer servidões sobre os mesmos.

O aforamento de immoveis, a demissão do dominio util ou directo e a constituição de quaesquer servidões são desmembramentos da propriedade immovel, e por conseguinte taes actos devem estar sujeitos á regra do art. 861.

Art. 863.—O tutor não póde, por si, ou por interposta pessoa, comprar, ainda que a venda se faça em hasta publica, ou adquirir, por qualquer titulo, bens alguns pertencentes ao seu tutelado, emquanto fôr seu tutor e não houver prestado contas, excepto si a acquisição fôr por testamento ou successão legitima.

Não se permitte que o tutor adquira bens pertencentes ao seu tutelado para evitar o defraudamento. E' applicação da regra geral estabelecida no art. 2048. O que seja interposta pessôa define o art. 1007.

A prohibição é só emquanto o tutor exerce a tutela, e não presta contas, e cessa depois destas prestadas. Não tendo o tutor mais ingerencia nos negocios do tutelado, e não mais regendo sua pessoa, não ha receio de ser este prejudicado. Extincta a tutela póde o ex-tutelado dispôr livremente de seus bens, e não terá mais applicação o principio *tutor non potest esse auctor in rem suam.*

A Ord. L. 1° tit. 29 § 29 prohibe que o tutor haja bens pertencentes ao seu tutelado em tempo algum, e por qualquer titulo, ainda depois de não ser tutor. Cessada a tutela e prestadas as contas, cessa a razão da prohibição.

Art. 864.—O tutor que contravier a disposição do artigo antecedente, perderá, em beneficio do tutelado, a cousa adquirida e o preço da compra, ou o que houver dado para a acquisição.

Está entendido que si a acquisição fôr a titulo gratuito, o tutor só perde a cousa adquirida. Si a acquisição foi por compra, o tutor perde o preço, que o tutelado não será obrigado a

Digitized by Google

restituir, assim como tambem não restituirá a cousa, que recebeu em troca.

> Art. 865.—A prohibição do artigo antecedente é extensiva aos respectivos juiz, escrivão e agente do ministerio publico, e sob a mesma pena.

E' ainda applicação do disposto no art. 2048. A tutela dos menores e interdictos se acha sob a inspecção do juiz, do escrivão e curador-geral. Todos são obrigados a zelar os interesses do desvalido, ou por sua idade ou por enfermidade. Haver bens destes por qualquer fórma é um escandalo, que os sentimentos sociaes repellem.

> Art. 866.—Todo o dinheiro do menor, deduzido o que fôr necessario para as suas despezas e as da administração, será emprestado ao governo, na fórma das leis e regulamentos administrativos, ou si fôr mais conveniente, precedendo licença do juiz, empregado na acquisição de immoveis, ou acções de companhias publicas que offereção as necessarias garantias.

Ha um engano no artigo, que se deve corrigir; em vez de —*Todo o dinheiro do menor*—diga-se—*Todo o dinheiro do tutelado*, o que abrange não só o menor, como o interdicto, a cujas tutelas se applicão as disposições da presente secção.

O legislador não póde estabelecer uma regra absoluta, invariavel, sobre o modo como deve ser empregado utilmente o dinheiro pertencente ao tutelado. Si ficasse autorisado o tutor a negociar com elle em beneficio do tutelado, fôra talvez de summa vantagem; da mesma fórma si fôsse emprestado a particulares com altos premios, e ainda applicado a grandes emprehendimentos. Mas taes operações não devem ser permittidas a simples administradores.

A lei só trata de segurar os bens do tutelado, afim de que elle os ache conservados, quando cessar a incapacidade.

As leis administrativos bastante têm providenciado a este respeito mandando que o dinheiro dos orphãos seja emprestado

Digitized by Google

ao governo, com um premio modico é verdade, mas certo, ou que seja empregado na compra de apolices da divida publica.

Ao juiz cumpre examinar si convem empregar o dinheiro dos tutelados em emprestimo ao governo, na compra de immoveis, ou de acções de companhias de reconhecido credito. O dinheiro é de tão facil extravio, que todas as cautelas não são bastantes.

Art. 867.—O tutor é autorisado a fazer todas as despesas e acquisições, que fôrem necessarias para a administração e para a conservação, melhoramentos e reparações dos bens do tutelado.

Logo que uma das principaes obrigações do tutor é a bôa administração dos bens do tutelado, entende-se o mesmo autorisado a praticar todos aquelles actos, que fôrem relativos á administracção, como os mencionados no artigo.

Art. 868.—Não póde o tutor tornar-se cessionario de direitos ou de credito contra seu tutelado, salvo nos casos de subrogação legal.

Tal cessão importa a extincção dos direitos ou do credito, sem que o tutor tenha acção regressiva contra o cedente.

Si for permittido ao tutor tornar-se cessionario de direitos ou de creditos contra o tutelado, por exemplo, adquirindo direitos sobre seus bens ou comprando creditos, lhe será facil abusar dos poderes, que lhe confere a administração. Taes direitos ou creditos podem ser mal fundados, e o tutor, tornando-se cessionario, com facilidade fará desapparecer qualquer meio de defesa, que tenha o tutelado. E' aqui exactamente o caso de dizer-se: *tutor non potest esse auctor in rem suam.*

O tutelado terá documentos, que mostrem paga uma divida, documentos existentes em poder do tutor, que os supprimirá tornando-se cessionario do pretenso credor.

O mesmo será facil de acontecer tratando-se de qualquer acção real de reivindicação contra o tutelado.

Estabelece o art. 867 uma excepção: é no caso de subrogação legal. Os casos de subrogação legal são os unicos definidos

Digitized by Google

no art. 487. Si o tutor é tambem obrigado pela divida, pagando-a cumpre uma obrigação; a lei o subroga nos direitos do credor: neste caso o tutor torna-se credor em virtude da lei, e não por convenção.

No segundo periodo do art. 888 vem a sancção do acto reprovado praticado pelo tutor. Comprou elle o direito, que tinha um terceiro para reivindicar um objecto na posse do tutelado. Não poderá reivindicar a cousa, e nem haver do cedente o que pagou-lhe.

Tornou-se cessionario de um credito contra seu tutelado: não poderá cobrar o credito, nem haver do cedente o que este recebeu. Tendo infringido a lei, é justo que soffra a pena correspondente á infracção.

> Art. 869.—Não póde o tutor tomar de arrendamento os bens do tutelado, sob pena de pagar-lhe, não só o preço do arrendamento, como os rendimentos da cousa arrendada.

O tutor é obrigado a arrendar os immoveis do tutelado; toma-los de arrendamento é contratar comsigo mesmo. A pena é pagar o tutor o preço do arrendamento e ao mesmo tempo restituir os fructos colhidos. A prohibição, concebida em termos geraes, abrange ainda o caso em que o arrendamento se faz em praça.

> Art. 870.—Até a conclusão do inventario, deverá o tutor declarar o que lhe dever o tutelado; e si o não fizer, sendo para isso intimado pelo escrivão, não poderá exigir o seu credito durante a tutela, e perderá os interesses, que esse credito lhe devesse render, desde a data da conclusão do inventario, até o termo da mesma tutela, salvo, em ambos os casos, si provar que ignorava a existencia do credito.

O art. 451 do codigo francez assim dispõe: « Le tuteur, s'il lui est dûe quelque chose par le mineur, devra le déclarer dans l'inventaire à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier publique sera tenu de lui en faire, e dont mention sera fait au procès verbal.»

Digitized by Google

O fim é impedir que o tutor faça reviver um credito extincto. Deve-se com effeito receiar, que o tutor, apoderando-se dos papeis do tutelado, consuma recibos por elle firmados.

Art. 871.—Qualquer herança, que pertença ao tutelado, será aceita a beneficio de inventario; para repudia-la, será necessaria licença do juiz.

Não sendo a herança aceita a beneficio de inventario, o herdeiro responde por todos os encargos della, ainda além de suas forças (art. 1476); aceitando-a, porém, a beneficio de inventario goza dos favores do art. 1475. Não deve portanto um tutor aceitar qualquer herança sem proceder a inventario, obrigação que aliás já lhe é imposta pelo art. 855. Si o tutor contravier ao que lhe é preceituado, responderá por perdas e damnos.

E' o tutor autorisado a aceitar toda e qualquer herança independente de autorisação do juiz, e nisso não vai inconveniente porque é obrigado a aceitar a beneficio de inventario. Repudiar é o que não póde fazer sem autorisação do juiz, porque póde ser vantajosa ao menor.

Art. 872.—O tutor que, sem licença do juiz, contrahir dividas em nome do tutelado, ou hypothecar seus immoveis, ou os der em antichrese, responderá pelos prejuizos, que dahi resultarem.

O artigo não prohibe o tutor contrahir dividas em nome do tutelado; póde isso algumas vezes ser necessario, por exemplo, para reparar um predio que se deteriora, e precisa de promptas reparações. Como, porém, taes actos excederão talvez os de simples administração, para pratica-los, cumpre que o tutor recorra á autoridade do juiz.

Art. 873.—O tutor não póde transigir em nome do tutelado, nem comprometter-se em arbitros, salvo com autorisação do juiz, e concordando o agente do ministerio publico.

Por direito vigente aos tutores não é permittido transigir em nome de seus tutelados. E' isto justo? Temos exemplos numerosos

Digitized by Google

de menores completamente arruinados com demandas propostas aos tutores, ou por estes intentadas, sendo obrigados a sustenta-las até seus ultimos julgados, por não lhes ser permittido aceitar uma proposta de transacção vantajosa. Com um pequeno sacrificio fôra possivel evitar a ruina do orphão.

A prohibição de transigir é odiosa, diz Troplong. Passará por insensato o testador, que recommendar ao herdeiro, que não transija com o adversario. O advogado que obstar as partes litigantes uma transacção projectada, praticará um acto vergonhoso, impio; chamado pela confiança publica a aconselhar, é seu dever promover as reconciliações. O processo é a *ultima ratio*; como habil negociador deve previni-lo. O advogado deve ser inimigo da chicana, e imitar esse Servius Sulpicius, tão elogiado por Cicero, não só por sua sciencia quasi divina, como por seu amor ás conciliações das partes.

Os julgamentos dos homens estão sujeitos ao erro; as fraudes dos litigantes podem cegar os mais integros juizes. Ha sempre incerteza em um processo, e são sempre certas as despezas, as inimizades, os incommodos, as rivalidades, os caprichos, a que tudo põe termo uma transacção.

Encerra um bello pensamento este hymno da Igreja; é uma supplica divina:

Dissolve litis vincula!

Astringe pacis fœdera!

Disse Cicero: *Proprium hoc status esse virtutis conciliare animos hominum.*

Disse Petroneo: *Mihi placet emere quamvis nostrum sit, quod agnovimus, et parvore ære cuperare potiús thesaurum, quam in ambiguam litem descendere.*

Mais vale uma má accommodação, que uma bôa demanda, costuma-se dizer com toda a razão. Os italianos assim se expressão: *E' meglio un magro accordo, che una grossa sentenza.*

E Boileau: *Souvent demeurent gueux de vingt procès gagnés.*

Si taes são os commodos de uma transacção, porque serão

Digitized by Google

delles privados os tutelados, e aquelles que mais merecem a protecção das leis ?

O tutor não póde transigir, e entretanto póde propôr e aceitar uma demanda, o que é muito mais ruinoso. Ao tutor não é permittido fazer um pequeno sacrificio aceitando uma razoavel accommodação ; mas póde despender toda a fortuna do menor em um processo muitas vezes de capricho.

Teme-se que o autor abuse do seu poder transigindo, cedendo direitos de seu tutelado ; mas não se teme que em um processo elle venda á parte contraria, ou supprima fraudulentamente, documentos indispensaveis para o vencimento da causa do seu tutelado. Não são as cautelas legaes, que previniráõ a fraude.

O espirito humano dispõe de variados recursos ; si a lei prevenir noventa e nove hypotheses, ficará sempre uma como porta aberta para a fraude.

Cicero ainda define a transacção *finis solicitudinis et periculi litium.*

« Fra tutti i mezzi de porre fine alle controversie, che fanno nascere fra gli uomini le loro relazioni varie e moltiplice alli infinito, il piu fortunato in ogni suo effeto è la transazione. Cadu na delle parti si libera da ogni prevenzione ; pone in bilancia di buona fide, e col desiderio della conciliazione, il vantaggio che risulterebbe per lei da una sentenza favorevole, e la perdita che recherebbe seco una condamna. » (Cattaneo).

O codigo francez no art. 467 permitte ao tutor transigir, si fôr autorisado pelo conselho de familia, e com a opinião de tres jurisconsultos designados pelo procurador da Republica perante o tribunal de primeira instancia. Não ha necessidade de tanta formalidade para um acto de menos importancia que o de propôr ou aceitar uma demanda.

O codigo portuguez no art. 224 n. 17 só o torna dependente da autorisação do conselho de familia.

O art. 873 do projecto permitte a transacção com a autorisação do juiz, e concordando o agente do ministerio publico.

Digitized by Google

São mais duas opiniões que tem o tutor para a transacção, opiniões de pessoas insuspeitas, e especialmente encarregadas da protecção e interesses dos menores e interdictos.

Falla tambem o artigo do compromisso em arbitros. E' mais rapido de decidir-se uma questão, que evita as delongas de um processo, e grandes despezas com custas.

Está o compromisso no mesmo caso da transacção. São arbitros, são os amigos das partes, que vão decidir a questão.

Art. 874.—Si o tutor arrendar os immoveis do tutelado por tempo que exceda a tres annos, só valerá o arrendamento até esse prazo, salvo o direito do arrendatario contra o tutor por perdas e damnos.

O tutor é autorisado, quanto aos immoveis, do tutelado ou a dá-los de arrendamento, ou administra-los por conta delle. O arrendamento póde, em certos casos, ser mais vantajoso; mas entenderá o tutor, conforme o estado da propriedade, sua importancia e outras considerações, que mais convem administra-los. Na qualidade de administrador procederá como melhor entender. Si, porém, entender o tutor conveniente arrendar todos ou algum immovel do tutelado, o arrendamento que fizer não excederá de tres annos.

Ha muita analogia entre a venda e o arrendamento. No arrendamento como na venda dão-se os tres elementos essenciaes *res, pretium et consensus*. No arrendamento não se transfere, é verdade, a propriedade, mas vendem-se os fructos, e o que é a propriedade sem os fructos? E' um desmembramento da propriedade, a qual póde ser aniquilada, si o arrendamento fôr a longo prazo. E' a razão por que o art. 2105 não permitte que o arrendamento exceda de 30 annos, e o art. 2671 sujeita ao registro o arrendamento, por mais de quatro annos. Si o preço do arrendamento é pago de uma só vez, e não periodicamente, cresce a analogia do arrendamento com o emprestimo (Troplong).

O arrendamento por longo prazo póde ser prejudicial ao tutelado. O art. 874 só permitte ao tutor faze-lo até tres annos.

Digitized by Google

Art. 875.—Com autorização do juiz, e havendo necessidade ou conveniencia, póde o tutor trocar o immovel do tutelado por outro immovel, ainda que de differentes valores.

Será talvez de utilidade ao menor a troca de um seu immovel por outro, ou porque este se ache melhor collocado, ou por qualquer outra causa. Comquanto a venda do immovel do tutelado se não possa fazer sinão em hasta publica (art. 861), tal disposição só póde ser entendida restrictamente quanto á venda, porque é essencial que o preço na venda consista em dinheiro; mas a troca se não póde fazer em hasta publica. Bastará para ella a autorisação do juiz, ainda que os immoveis trocados sejão de differentes valores.

Dir-se-ha que a troca de um immovel importante do menor por outro de pequeno valor equivalerá á venda, e assim se burlará a prohibição da venda sem ser em praça. E' certo; mas não póde o legislador prevêr tudo de um modo mathematico; deixa muita cousa á prudencia e criterio do juiz, com os necessarios recursos.

Art. 876.—A responsabilidade do tutor começa do dia em que tomou ou devia tomar conta da tutela.

Póde mediar tempo entre a nomeação do tutor e o dia em que elle recebe a tutela. A tutela é uma administração e só quando della toma conta é que começa a responsabilidade do tutor.

A responsabilidade tambem começa do dia em que o tutor devia tomar conta da tutela. Logo que se nomeia o tutor é sua obrigação tratar de haver a si os bens do tutelado; si neste ponto é moroso e os deixa abandonados, responde pelos prejuizos que resultarem.

Art. 877.—O tutor que não cumprir o disposto no art. 866, pagará os juros da lei de qualquer quantia que haja conservado em seu poder.

A principal obrigação do tutor, quanto aos dinheiros do tutelado, é a que lhe impõe o art. 866; empresta-los ao governo

Digitized by Google

na fórma do regulamento administrativo, ou emprega-los em apolices ou acções de companhias seguras. Logo que o tutor não cumpre o que lhe ordena a lei se constitue em mora, e, portanto, é responsavel pelos juros da lei. E' um dos casos em que a lei manda pagar juros embora não estipulados; é um dos casos de que trata o art. 2443.

Art. 878.—A disposição do artigo antecedente não isenta da obrigação que lhe é imposta pelo art. 866.

E' um esclarecimento do artigo antecedente. O juiz não deve consentir que o tutor conserve em seu poder dinheiros pertencentes aos tutelados, ainda que elle se offereça a pagar os juros da lei ou superiores. O tutor não offerece as mesmas garantias que o governo, e póde se tornar insolvente.

Art. 879.—O tutor tem direito a uma gratificação, que será arbitrada pelo juiz em attenção ao seu trabalho e bens do tutelado, nunca, porém, excedendo de 8 °/. dos rendimentos liquidos dos mesmos bens.

Comquanto seja obrigatorio o cargo de tutor, não devem ser gratuitos seus serviços. O tutor trabalha a bem dos interesses do tutelado, talvez com sacrificio de seus negocios proprios. Não ha duvida que merece uma gratificação; a difficuldade é quanto ao modo de determina-la.

Para o arbitramento da gratificação offerece o art. 879 dous elementos, que devem ser tomados em consideração: 1.°, o trabalho do tutor; 2.°, os bens do tutelado.

Si, por exemplo, os bens do tutelado consistêm todos em titulos da divida publica, o unico trabalho do tutor será a cobrança dos juros; si consistem em predios, que administra, grande poderá ser o trabalho.

Por outro lado a porcentagem devida ao tutor pela administração dos bens de um tutelado abastado não deve ser a

Digitized by Google

mesma devida pela administração dos bens de um tutelado de pequena fortuna.

Tudo isto serve de base para o arbitramento da retribuição devida ao tutor.

Era ainda prudente restringir o arbitrio concedido ao juiz, não se lhe permittindo arbitrar uma retribuição excedente a oito por cento dos rendimentos liquidos dos bens do tutelado.

Art. 880.—Procede a disposição do artigo antecedente, ainda que no testamento tenha sido marcada a gratificação do tutor, si elle não se contenta com esta, e conhecer o juiz que não compensa o trabalho da tutela.

E' livre ao tutor testamentario aceitar ou não a tutela (art. 829). O tutor testamentario é a pessoa da confiança do testador, e a que se presume com mais capacidade para exercer a tutela, e com preferencia a qualquer outro, como já dissemos. Si o testador marcar uma gratificação que não paga o trabalho da tutela, difficilmente encontrar-se-ha quem queira ser tutor. Todo o trabalho deve ser retribuido conforme sua importancia, e não ao arbitrio do interessado.

Ninguem póde ser obrigado a trabalhar com sacrificio proprio. Si em testamento foi marcada a remuneração do tutor, si esta não compensar o trabalho, ao tutor será permittido pedir augmento.

Diz a ordenação :

« E para que os tutores e curadores com melhor vontade aproveitem e administrem os bens dos orphãos, haverão pelo seu trabalho em cada um anno a vintena do que os bens renderem, não passando a vintena de cincoenta mil réis em cada um anno. E isto se entenderá não sómente nos tutores e curadores dativos, mas ainda nos parentes, a que fôr encarregada a tutela e a curadoria : e bem assim nos que fôrem deixados nos testamentos. Porém os que fôrem deixados em testamento, poderão escolher haver a dita vintena, ou o que pelo testador lhes fôr deixado. »

Digitized by Google

Art. 881.—O tutor é responsavel pelos prejuizos, que por sua falta causar ao tutelado, assim como pela omissão em cumprir o determinado pela lei.

A disposição do artigo é consequencia do disposto no artigo 854. O tutor é obrigado a administrar os bens e a tratar dos negocios do seu tutelado com todo o zelo, diligencia e fidelidade, como faria um pai de familias. Si, portanto, não cumpre aquillo a que é obrigado, responde pelo prejuizo que causar, nos termos do art. 364.

Art. 882.—O tutor tem direito a ser indemnizado das despezas que legalmente fizer, ainda que dellas não tenha resultado proveito ao tutelado.

Si o tutor administra, como deve, os bens do tutelado, não é responsavel por qualquer prejuizo, que, sem falta sua, resulte da administração. Si fez despezas, estas lhe serão abonadas, embora não tenha resultado lucro ao tutelado. Administrou a tutela como administraria seus proprios negocios, e não é obrigado a mais.

O projecto não reconhece a restituição dos menores, *restitutio in integrum*. Logo que têm um tutor, todos os actos praticados por estes com as solemnidades legaes são validos (art. 82). Diz a lei romana: *Sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.*

Art. 883.— Por morte do tutor, quem ficar como cabeça de casal será obrigado a continuar no exercicio da tutela, até que della tome conta o novo tutor.

O cargo de tutor é inteiramente pessoal e de confiança, por conseguinte não póde ser delegado, nem se transmitte com a herança.

Ao herdeiro não passão os direitos e obrigação da tutela. Como, porém, por morte do tutor não deve o tutelado ficar

Digitized by Google

abandonado e nem seus bens desamparados, emquanto não seja providenciado pelo juiz, deve o cabeça do casal, que representa o tutor, continuar nas suas funcções provisoriamente, até que seja nomeado novo tutor.

SUB-SECÇÃO UNICA

OBRIGAÇÕES DO TUTOR QUANTO Á PESSOA DO MENOR

Art. 884.—São obrigações do tutor:

1.º—Reger e defender a pessoa do menor;

2.º—Educar ou fazer educar, alimentar e tratar o menor e dar-lhe conveniente destino, conforme as suas posses e condição, e em attenção á sua aptidão e inclinação;

3.º—Reprehender e corrigir o menor em suas faltas, conforme seu sexo e idade; e si este se não emendar, e fôr mister algum castigo mais rigoroso, recorrerá o tutor ao juiz para este providenciar como fôr mais conveniente.

Na secção antecedente tratou-se dos direitos e obrigações dos tutores dos menores e interdictos; nesta sub-secção trata-se de certas obrigações particulares dos tutores em relação á pessoa dos menores.

A tutela dos interdictos, tem principalmente por fim a administração de seus bens e cuidar do estado de sua saude. A tutela dos menores abrange não só a direcção de sua pessoa como a administração de seus bens. Ha, portanto, obrigações especiaes do tutor quanto á tutela dos menores, e que não são communs á tutela dos interdictos.

E' assim que o tutor é obrigado a reger e defender a pessoa dos menores, como os pais têm a mesma obrigação em relação a seus filhos menores no exercicio do patrio poder.

São ainda obrigados a educar, ou fazer educar os menores, e é esta sem duvida a principal obrigação dos tutores, como o é

Digitized by Google

tambem a dos pais. Si os tutores se descuidarem a este respeito, serão ainda mais responsaveis que pela má administração dos bens de seus tutelados. Nada valem os bens sem a educação, e quem a tem póde dispensa-los.

Tambem lhes devem o conveniente destino, conforme suas posses, como os pais aos filhos. Uma educação mais esmerada deve o tutor ao menor, cujas posses sejão sufficientes para isso; e por outro lado não deve sacrificar sua pequena fortuna, dando-lhes uma educação, que ella não supporta. Não deve o tutor contrariar a vocação do menor, só cumpre-lhe dirigi-la.

A lei não estabelece, nem póde estabelecer regras invariaveis; as circumstancias, a indole, a saude, as habilitações do menor serviráõ de guia ao tutor sobre o destino que lhe deve dar.

Tambem cumpre ao tutor corrigir o menor em suas faltas, e é aqui applicavel o que se disse no art. 778, sobre o patrio poder.

A differença é que o pai não tem de recorrer ao juiz, quando seus filhos mereção castigo mais rigoroso; elle os infligirá independente de consultar o juiz, ou obter a sua approvação. Ninguem mais competente a este respeito que o pai.

Não succede o mesmo a respeito do tutor; o tutor não é pai. Não deve ficar dependente de sua vontade dar ao menor um castigo mais rigoroso.

O que fará o juiz, a quem o tutor fôr pedir autorisação para um castigo mais rigoroso? A lei não deve ser casuistica, e nem póde a respeito estabelecer regras geraes; são as circumstancias que determinaráõ quaes as providencias cabiveis.

Digitized by Google

SECÇÃO VII

DAS CONTAS DAS TUTELAS DOS MENORES E INTERDICTOS

Art. 885.—O juiz tomará contas ao tutor de dous em dous annos, e bem assim nos casos deste se tornar suspeito de não cumprir suas obrigações.

Paragrapho unico. — Procede a disposição do artigo, ainda que o tutor, por quem quer que seja, tenha sido dispensado de dar contas ou de da-las na fórma sobredita.

Trata-se aqui das contas das tutelas, ou sejão estas testamentarias, legitimas ou dativas. Todos os tutores, quaesquer que sejão, são obrigados a contas.

Estas consistem na exposição do estado dos bens dos tutelados, de seus rendimentos e despezas da administração. Tratando-se de menores, ainda o tutor tem de dar contas de sua educação, do ensino que lhes tem dado, da profissão suggerida por sua vocação. Tratando-se do interdicto, tem o tutor de informar sobre sua saude e tratamento.

Estas contas devem ser prestadas de dous em dous annos. Um prazo muito curto poderia embaraçar a administração do tutor, e um prazo excessivamente longo obstaria á vigilancia do juiz e complicaria as contas do tutor.

Por direito vigente as contas do tutor testamentario ou legitimo são prestadas de quatro em quatro annos, e as dos dativos, da mãi e do avô, de dous em dous annos.

Não ha razão para a differença.

Ainda antes de terminado o prazo, em que o tutor é obrigado a contas, póde elle ser compellido a presta-las, tornando-se suspeito de não cumprir suas obrigações. E' o caso de remoção.

Ainda que o pai em seu testamento tenha ordenado que o tutor não preste contas, ou que as preste em periodos differentes

Digitized by Google

dos marcados no art. 885, tal determinação se julgará não escripta, como contraria aos interesses de ordem publica. Administração e irresponsavel são idéas incompativeis. E' de interesse publico que o juiz se certifique de que modo são administrados os bens do tutelado, si lhes é dada conveniente educação, ou si tem-se tratado da saude do interdicto e melhorado seu estado.

« Qualunque esenzione dall' obbligo di rendere il conto definitivo, o di presentare gli stati annuali è di nessuno effeto, » diz o cod. italiano art. 304.

Art. 886. — As contas devem ser documentadas, excepto pelo que toca ás despezas, de que não é costume exigir recibo.

Si não devessem as contas ser documentadas, fôra como si ficasse o tutor desobrigado de presta-las.

Os documentos serão exigidos conforme a natureza das verbas da despeza. Ha despezas diarias, de que se não costuma exigir recibos ; são modicas quantias que os tutores despendem de absoluta necessidade.

Art. 887. — Si a tutela terminar-se por se ter tornado capaz o tutelado, as contas devem ser prestadas a este ; si terminar-se com a morte do tutelado, as contas devem ser dadas aos seus herdeiros.

Logo que o interdicto torna-se capaz de reger e administrar seus bens, ninguem mais competente que elle para tomar contas ao seu tutor, sendo o principal interessado. Não ha mister neste caso da intervenção do juiz, a qual só se exige para supprir a incapacidade do interdicto.

Si fallecer o menor ou interdicto, seus herdeiros são os interessados, e portanto os competentes para tomarem contas ao tutor.

Art. 888.—Nos casos de morte, ausencia ou interdicção do tutor, as contas devem ser prestadas por seus herdeiros ou representantes.

Si morre o tutor, não passa a tutela a seus herdeiros, por

Digitized by Google

ser cargo pessoal; transmitte-se, porém, com a herança a responsabilidade do tutor.

Si o tutor se torna interdicto, é incapaz de prestar as contas da tutela, que serão prestadas por seu representante legal, isto é, o seu tutor.

No caso de ausencia do tutor, as contas serão prestadas pelo curador dado ao ausente nos termos do art. 995.

Art. 889.—A sentença, que julga as contas prestadas em juizo, não perime qualquer acção, que o tutelado possa ter contra o tutor, ou o tutor contra o tutelado, em relação aos factos da tutela, ou por qualquer outra causa.

As contas serão julgadas em processo summario puramente administrativo. Podem-se dar erros e enganos, e ainda malversações do tutor, que escapem ao juiz. Por outro lado o erro ou engano póde ser tambem contra o tutor. A prestação de contas tem por fim levar ao conhecimento do juiz o estado da tutela, si é ou não bem administrada. Portanto, qualquer que tenha sido a sentença, julgando ou não as contas bôas, conservará ainda o tutor ou o tutelado o direito de fazer posteriormente qualquer fundada reclamação.

Art. 890.—Toda a acção do tutelado contra o tutor, e do tutor contra o tutelado, em relação aos factos da tutela, prescreve no fim de cinco annos, a contar-se do dia, em que o tutor ficou exonerado da tutela, salvo qualquer outra prescripção de menos tempo.

Paragrapho unico.—A disposição do artigo não abrange a prescripção da acção, por saldos, a favor do tutor, ou do tutelado, verificados em contas prestadas.

O art. 890 é uma derogação da regra geral da prescripção.

A tutela é um cargo oneroso e de mais obrigatorio e acompanhado de responsabilidades. Cumpria que se encurtasse o prazo da prescripção da acção entre o tutor e o tutelado em relação aos factos da tutela. Esta disposição se encontra em quasi todos os codigos. O codigo francez, art. 475: « Toute action du mineur

Digitized by Google

contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité. »

Como disse Maleville, já a condição do tutor é bastante pesada, e cumpria não deixa-lo por largo tempo exposto ao receio de ser incommodado por factos concernentes á tutela.

SECÇÃO VIII

TERMINAÇÃO DA TUTELA DOS MENORES

Art. 891.—Cessarà a incapacidade dos menores:
1.°—Pela maioridade;
2.°—Pela emancipação.

Por duas maneiras cessa a incapacidade dos menores; pela maioridade e pela emancipação.

Qual seja a menoridade define o art 819; si o menor não se emancipa antes, a sua menoridade vai até completar os 21 annos. A emancipação tem logar pelo casamento do menor, ou completando elle 18 annos, nos termos do art. 895.

Nesta 8ª secção se trata, não só da terminação do patrio poder, como da tutela dos menores, e portanto tal devia ser sua inscripção, e não a de *Terminação da tutela dos menoros* simplesmente. Ou antes, a inscripção desta 8ª secção devia ser *Terminação da incapacidade dos menores,* o que abrangia a terminação da incapacidade dos que se achão debaixo do patrio poder como a dos tutelados.

O codigo francez tem o mesmo defeito, quando trata da emancipação no titulo consagrado á tutela. E' mais logica a inscripção acima exposta.

Digitized by Google

Art. 892.—O menor adquire o direito de reger a sua pessoa e administrar seus bens, pela maioridade ou emancipação, nos termos dos artigos seguintes:

O art. 892 termina com as palavras *nos termos dos artigos seguintes*, porque como adiante veremos, a capacidade do emancipado não é tão completa como a do que chega á idade de 21 annos.

Com a emancipação termina não só o patrio poder como a tutela. O menor adquire uma capacidade limitada; é um termo médio entre a maioridade e a menoridade. Aos 21 annos é completa a capacidade. O desenvolvimento das faculdades, póde ser precoce em uns e retardado em outros; aquelles terão direito a uma capacidade excepcional.

SUB-SECÇÃO I

DA MAIORIDADE

Art. 893.—O menor, que completar 21 annos de idade, fica logo por esse facto, habilitado para o exercicio de todos os actos da vida civil, sem dependencia de qualquer formalidade, ou autorisação de seu representante legal, ou do juiz.

A presumpção legal é que, todo aquelle que completa 21 annos, se acha habilitado para reger sua pessoa e administrar seus bens. Logo não lhe será preciso justificar que tem a necessaria habilitação. A presumpção é de sua completa capacidade, e quem tem a seu favor uma presumpção legal, fica dispensado da prova (art. 324).

Logo que um menor completa 21 annos de idade, póde dispôr livremente de seus bens, aliena-los por qualquer fórma e exercitar todos os mais actos da vida civil, ainda que os bens lhe não tenhão sido entregues pelos pais ou pelo tutor. Nem o pai, nem o tutor, e nem o juiz podem, sob qualquer pretexto, embaraça-lo no exercicio dos direitos civis, a que o habilita a idade.

Digitized by Google

Não lhe é preciso requerer ao juiz que declare a sua capacidade, nem pedir ao seu representante legal que permitta-lhe entrar no gozo de seus direitos. E' a idade que o habilita, e só esta.

> Art. 894.—Para que os menores, que completarem 21 annos, entrem na posse e administração de seus bens, quando a entrega destes depender de ordem do juiz, bastará que apresentem prova legal de sua idade.
>
> Paragrapho unico.—O juiz, porém, obstará sempre na entrega dos bens, havendo sentença de interdicção, proferida contra o requerente, ou processo, só que seja, pendente para esse fim.

A decisão do artigo tem por fim evitar justificações, que abusivamente exigem alguns juizes, em que provão os que completárão 21 annos que são capazes de reger suas pessoas e administrar seus bens.

E' obrigação do tutor entregar os bens ao tutelado, logo que este complete 21 annos; mas si houver demora na entrega ou recusa do tutor, e fôr mister recorrer ao juiz, bastará que o tutelado apresente certidão de idade, ou prova por qualquer modo que completou 21 annos.

No art. 904 se dispõe que a interdicção póde ser declarada, qualquer que seja a idade do louco ou imbecil. Um tutor zeloso no cumprimento de seus deveres, deve requerer a interdicção do seu tutelado, conhecendo ser elle louco ou imbecil, porque a loucura e a imbecilidade podem acontecer em qualquer idade. Requerendo a interdicção durante a tutela, póde o tutor impedir que o tutelado, que completou 21 annos de idade, esbanje seus bens, entrando immediatamente na sua posse. O mesmo succederá quanto á administração do filho menor sujeito ao patrio poder.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO II

DA EMANCIPAÇÃO

Art. 895.—A emancipação tem logar:

1.°—Pelo casamento do menor competentemente autorisado;

2.°—Por concessão do pai, e na falta ou impossibilidade do pai, por concessão da mãi, si o menor completou a idade de 18 annos;

3.°—Por autoridade do juiz, si o menor tutelado completou a idade de 18 annos.

Costuma-se dizer que ha duas especies de emancipação: a primeira é a de que trata o n. 1° do art. 895: se diz *tacita*; a segunda é a de que tratão os ns. 2° e 3°: se diz *formal*.

Pelo casamento o menor se torna capaz de todos os actos da vida civil.

E' principio adoptado em todas as legislações, e que emana da natureza do casamento. O marido tem o poder marital e igualmente o patrio poder. Não se comprehende que pudesse ficar debaixo do patrio poder, ou da tutela, aquelle que exerce o poder marital ou o patrio poder sobre seus filhos.

Quanto á mulher menor de 21 annos, sendo chamada a cumprir outros deveres, a tomar conta de uma casa, e criar os filhos, a obedecer ao marido, muito menos se comprehenderá que taes deveres e funcções sejão compativeis com a sujeição á tutela ou ao patrio poder.

O casamento opéra a emancipação, qualquer que seja a idade do casado. Só pelo facto do casamento o menor fica emancipado. Si o casamento não é contrahido com o consentimento de pessoa a quem compete dá-la, o menor não recebe a administração de seus bens, mas nem por isso deixa de ficar emancipado; si não administra seus bens, rege livremente sua pessoa.

« Segundo o estylo do nosso reino, diz a Ord. L. 1. tit. 88, § 6, sempre como o filho é casado, é havido por emancipado. »

Digitized by Google

Nos ns. 2° e 3° do art. 895 trata-se de emancipação *formal* ou expressa.

Se diz, e com razão, que esta emancipação é uma especie de noviciado, em que entra o menor, afim de habilitar-se para entrar no gozo completo dos direitos civis. A emancipação lhe é concedida com certas restricções.

O menor emancipado fica debaixo de uma como curatela, embora incompleta. Ha grande differença entre a autoridade do curador do emancipado e a do pai ou tutor que tem o menor debaixo do patrio poder ou em tutela.

Sob a tutela ou administração de seu pai o menor é inteiramente reputado incapaz; a lei concede-lhe um protector, que o representa em todos os actos da vida civil, o pai ou o tutor. O menor nunca apparece.

Quando, porém, dá-se a emancipação *formal*, é o emancipado quem dirige seus negocios, e rege a sua pessoa; o curador só o assiste e ainda assim em casos excepcionaes, nos unicos casos previstos pela lei. A' excepção desses casos o emancipado exercita todos os mais actos independente da assistencia do curador, como qualquer outra pessoa capaz. E' o que explica o art. 896.

A emancipação é facultada ao pai ou á mãi, que estiver no exercicio do patrio poder. O patrio poder é exercido pelo pai, e, na falta ou impossibilidade do pai, pela mãi. E' áquelle dos dous que estiver no exercicio do patrio poder que é facultado emancipar o filho menor.

Ha, portanto, grande differença entre a emancipação do filho menor sob o patrio poder e a do menor tutelado. Para o pai é isso uma faculdade, *querendo*, diz o art. 895, entretanto que o menor debaixo de tutela póde requerer sua emancipação, ainda que o tutor não o queira emancipar.

O menor não póde obrigar o pai a emancipa-lo, o tutor póde ser forçado a isso, reconhecendo o juiz que o menor é capaz de reger sua pessoa e administrar seus bens. Não póde, porém, o pai

Digitized by Google

emancipar o filho menor emquanto este não completar a idade de 18 annos ; porque uma emancipação mais antecipada poderia ser prejudicial aos interesses do filho. Antes dos 18 annos não se presume em alguem a necessaria capacidade para os actos da vida civil.

Está entendido que a faculdade, que no art. 896 se concede ao pai, diz respeito tanto ao filho legitimo como ao perfilhado, porque tambem sobre estes exercem os pais o patrio poder (art. 795).

> Art. 896.— O pai ou a mãi que estiver no exercicio do patrio poder póde, querendo, emancipar o filho, que completou a idade de 18 annos, si o julgar com a necessaria capacidade para reger sua pessoa e administrar seus bens.

Logo que os pais têm o usofructo dos bens dos filhos menores, não podem ser obrigados a emancipa-los contra sua vontade ; a emancipação deve ser um acto espontaneo de sua parte. Demais a lei confia no amor reciproco dos pais e dos filhos. Os pais conheceráõ melhor os filhos que o juiz, ou qualquer estranho. Não ha quem com mais acerto possa julgar si o menor tem a necessaria habilitação para emancipar-se. Si o pai não concede a emancipação chegando o filho aos 18 annos, deve-se entender que é por não ter elle a necessaria capacidade. Não é licito suppôr que os pais negão aos filhos a emancipação só para não ficarem privados do usofructo legal.

> Art. 897.— O menor tuteladó, que tiver completado a idade de 18 annos, poderá pedir ao juiz a sua emancipação, provando que tem a necessaria capacidade para reger sua pessoa e adminstrar seus bens.

E' o que no direito vigente se chama *Supplemento de idade.*

« Tanto que o orphão varão chegar a 20 annos e a femea a 18, logo podem impetrar nossa carta de graça, passada pelos desembargadores do paço, porque lhes sejão entregues seus bens, e hajão delles livre e cumprida administração ; e para lhes serem passados trarão certidões por instrumento publico dos juizes do

Digitized by Google

logar, onde elles menores fôrem moradores, e tiverem seus bens, em que venhão perguntadas testemunhas de fé, que digão que sabem que tem siso e discrição para poderem reger e administrar seus bens. E sem trazerem o instrumento não lhes será concedida a dita carta.» (Ord. L. 3 tit. 42 princip.).

Vimos no artigo antecedente, que ao filho menor não é permittido requerer a emancipação achando-se debaixo do patrio poder: são os pais que a concedem espontaneamente. No caso do art. 897 é facultado ao menor requerer a emancipação, provando que está habilitado para reger e administaar seus bens, e o tutor não póde fazer opposição, salvo contestando a habilitação.

Art. 898.— A emancipação de que tratão os dous artigos antecedentes, habilita o emancipado para reger a sua pessoa e administrar seus bens com as seguintes restricções:

§ 1.º— Os actos, que o tutor não póde praticar sem autorização do juiz, tambem não podem ser praticados pelo emancipado sem autorisação, a saber:

1.º— O emancipado na fórma do art. 896, sem a autorisação do pai ou da mãi na falta ou impossibilidade do pai, ou do juiz na falta ou impossbilidade dos pais.

2.º— O emancipado na fórma do art. 897, sem autorisação do juiz.

§ 2.º— Sem a mesma autorisação, e na fórma do paragrapho antecedente, não póde o emancipado:

1.º— Fazer doação por acto entre vivos;

2.º— Estar em juiz em processo civil:

3.º— Exercer a profissão de commerciante.

§ 3.º— As contas da administração dos pais, ou da tutela, serão tomadas em juizo.

§ 4.º— O emancipado póde praticar todos os actos de pura administração, quaes os permittidos ao tutor sem autorisação do juiz.

As restricções deste artigo só se referem ás emancipações de que tratão os arts. 896 e 897, e não á emancipação por casamento. Esta habilita o casado para todos os actos da vida civil, como dispõe o art. 900.

A Ord. L. 3 tit. 42 dispõe que o menor, que obteve carta de supplemento de idade, tem de seus bens *livre* e *cumprida*

Digitized by Google

administração; mas accrescenta no § 3°: « E ainda que de nós algum orphão impetre a dita graça em idade de 20 annos, ou de 18, como dito é, si elle vender, alhear, ou obrigar, ou empenhar bens de raiz, tal venda, alheação, obrigação ou empenhamento será nenhum e de nenhum valor, assim como si não houvesse impetrado a dita graça.»

Observa-se ainda que a ordenação faz differença quanto aos sexos dos menores. O varão só póde ser emancipado completando 21 annos e a mulher completando 18. O art. 895 exige 18 annos qualquer que seja o sexo.

O projecto só para o caso de casamento estabelece differença de idade nos dous sexos: é nesse caso unico. Só a puberdade, conforme a experiencia, é que chega mais cedo na mulher que no homem; quanto ao desenvolvimento das faculdades intellectuaes não ha differença.

Comquanto os emancipados, de que tratão os arts. 896 e 897, entrem na posse e administração de seus bens, ha todavia certos actos, que, por sua importancia e consequencias, não fôra prudente permittir-lhes sem autorisação ou do pai ou do juiz, conforme tenha sido a emancipação.

Assim, sem autorisação não póde o emancipado praticar aquelles actos, que o tutor tambem não póde praticar sem autorisação do juiz.

Sem autorisação do juiz não póde o tutor vender os immoveis do seu tutelado (art. 861); tambem sem autorisação não póde o emancipado vender seus immoveis.

Esta autorisação é concedida pelos pais, ou pelo juiz.

E' concedida pelos pais no caso de ter sido a emancipação dada espontaneamente por estes. Erão os pais que dirigião a pessoa do menor e administravão seus bens; a qualidade de pais nunca perdem; é, portanto, de razão que sejão elles que devão conceder a autorisação.

Póde, porém, acontecer que o pai, depois de ter emancipado um filho, morra ou se torne demente, e não exista ou se ache

Digitized by Google

impossibilitado o outro progenitor com direito ao patrio poder; neste caso a autorisação, de que se trata, é concedida pelo juiz.

Com a emancipação cessão as funcções do tutor. Si o menor obtem carta de supplemento de idade, isto é, si emancipa-se na fórma do art. 897, a autorisação para os actos, que não póde praticar sem ella, lhe é concedida pelo juiz.

Sem a mesma autorisação, e nos termos acima expostos, ha ainda certos actos, que o art. 898 não permitte ao emancipado.

Não lhe é permittido fazer doação entre vivos sem autorisação; é evidente que póde testar. O emancipado ainda não é completamente maior, existe em um como noviciado, habilitando-se para receber a livre administração de seus bens com o direito de dispôr dos mesmos. E', pois, de razão que se lhe não facultem actos, que só lhe podem ser prejudiciaes, e neste caso está a doação. Seus pais, ou o juiz, servem-lhe como de curador, afim de examinarem si a doação, que pretendo fazer, deve ou não ser autorisada.

Outro acto, que não póde o emancipado praticar sem autorisação, é estar em juizo em processo civil, por ser acto, de que lhe resultará, talvez, grave prejuizo.

Da profissão de commerciante podem resultar graves compromettimentos que ponhão em perigo a fortuna do emancipado, e cumpre que para exercê-la preceda a necessaria autorisação.

O emancipado tem interesse em conhecer o estado de seus bens, e como têm sido administrados. A prestação de contas é acto de subida importancia. Fôra perigoso deixar o emancipado tomar por si as contas da administração do seu representante legal. Sem experiencia, e pelo respeito com que tem vivido em relação ao seu pai ou tutor, com facilidade será enganado.

E' por esta razão que o § 3° do art. 898 manda que taes contas sejão tomadas em juizo.

Autorisa finalmente o § 4° do art. 898 ao emancipado todos os actos de pura administração permittidos ao tutor sem autorisação do juiz.

Digitized by Google

Neste ponto ha completa analogia entre os direitos do tutor e os do emancipado; as regras geraes são as mesmas. Ha distincção tanto para o emancipado como para o tutor dos actos de pura administração e dos que não o são. Os actos de pura administração são permittidos tanto ao tutor como ao emancipado independento de autorisação alguma. Tudo o que póde o tutor fazer sem autorisação do juiz, tambem o póde o emancipado.

Art. 899.—Sem autorisação do pai ou da mãi, na falta ou impossibilidade do pai ou do juiz, na falta ou impossibilidade dos pais, não póde o conjuge varão, menor de 20 annos, praticar aquelles actos, para os quaes a lei exige o consentimento da mulher.

Paragrapho unico.—Sem a mesma autorisação não póde a mulher casada, menor de 20 annos, conceder seu consentimento para os referidos actos.

Ha certos actos que um só dos conjuges não póde praticar sem o consentimento do outro. Sem o consentimento da mulher não póde o marido vender bens immoveis do casal (art. 700). No caso de ser um dos conjuges tutor do outro por motivo de interdicção, o consentimento deste é supprido por seus pais ou pelo juiz na falta destes, como dispõe o art. 925.

São actos de summa importancia, para os quaes a lei exige o concurso das vontades de ambos os conjuges.

Nos termos do art. 895 o menor se emancipa pelo simples facto do casamento, e torna-se capaz de todos os actos da vida civil (art. 900). E' permittido ao varão o casamento logo que chega aos 14 annos. Comquanto emancipado fôra perigoso confiar-lhe o direito de dispôr de seus bens com a mais plena liberdade. A alienação de um immovel, dependendo pela importancia do acto, do concurso de vontades de ambos os conjuges, não é de suppôr que um marido de 14 annos tenha vontade esclarecida. E' a razão por que antes de completar 20 annos o marido não póde praticar aquelles actos para os quaes a lei exige o consentimento da mulher. Si esta consente no acto sendo de maior idade, o marido menor de 20 annos não póde consentir sem autorisação

Digitized by Google

de seus pais ou do juiz na falta destes. E' o que dispõe o art. 899.

Pela mesma razão não póde a mulher menor de 20 annos, sem autorisação, dar seu consentimento para os referidos actos.

Si tanto o marido como a mulher são menores de 20 annos, para a alienação de um immovel será indispensavel a autorisação de seus respectivos pais.

Si ambos elles já não têm pais, ou se achão estes impossilitados, o juiz supprirá a autorisação tanto para o marido como para a mulher.

A Ord. L. 1. tit. 88 § 28 não permitte que o casado até 20 annos de idade aliene bens de raiz sem o consentimento do juiz.

O art. 899 do projecto só faz depender o acto da autorisação do juiz na falta dos pais, o que é mais consentaneo com a razão, porque os pais mais se interressão pelos negocios dos filhos que um juiz, qualquer que elle seja.

Assim aos pais deve em primeiro logar competir a autorisação, e o juiz só a concederá na falta delles, como dispõe o art. 899.

> Art. 900.—A emancipação, por casamento, habilita os emancipados para todos os actos da vida civil, salvas as restricções expressas na lei.

No art. 898 se tratou das restricções da emancipação expressa. Ha entre esta e a tacita, resultante do casamento, grande differença.

O emancipado por casamento fica habilitado para todos os actos da vida civil, entretanto que a emancipação expressa só confere poderes da administração.

Os casados sabem que seus esforços têm de convergir a promover os interesses do casal; sabem que tomárão um estado de summa responsabilidade, que vão fundar a familia, e que novos deveres exigem summa attenção na gerencia de seus bens. Não

Digitized by Google

haverá inconveniente na emancipação por casamento. Si o pai conhecer que seu filho menor é incapaz de administrar os bens do casal, tem a faculdade de na concessão da licença para o casamento restringir-lhe os poderes da administração, do modo como julgar mais conveniente. O art. 687 dá-lhe essa faculdade, como já notámos.

O art. 900, decidindo que o casamento habilita o emancipado para todos os actos da vida civil, accrescenta *salvas as restricções expressas na lei.*

Essas restricções são, por exemplo, si o menor se casa sem licença da pessoa a quem compete concede-la, porque então não poderá pedir a entrega dos bens, emquanto não completar a idade de 21 annos (art. 689).

E' tambem restricção expressa na lei a do art. 899, isto é, a necessidade de autorização para o conjuge menor de 20 annos praticar certos actos.

O exemplo que acabamos de apresentar, do art. 687, é outra restricção legal.

Art. 901.— A nullidade do casamento induz a nullidade da emancipação, sem prejuizo de terceiro pelos factos praticados durante o casamento.

O casamento annullado é como se nunca tivesse existido; o acto nullo não produz effeito algum: portanto, annullando-se o casamento, se deve considerar nulla a emancipação. Annullan-se, por exemplo, o casamento que foi contrahido por violencia, o menor, que se emancipára casando-se, volta para o patrio poder ou para a tutela.

Os terceiros, porém, que contratárão com pessoas ostensivamente casadas, e que estavão de bôa fé, não devem ser prejudicados.

Art. 902.— A emancipação é irrevogavel, e produzirá todos os seus effeitos, ainda que, no caso della por casamento, os casados viuvem sem filhos em qualquer idade.

Digitized by Google

Os autores patrios sustentão doutrina contraria. Borges Carneiro, por exemplo, sustenta que, si o casamento se dissolve antes da maioridade d'aquelle que com o mesmo se emancipára, o emancipado recahe na menoridade, e deixa de ser havido por maior.

O art. 902 declara a emancipação irrevogavel, ou ella tenha tido logar pelo facto do casamento, ou por consentimento do pai ou supplemento de idade, e quer o menor viuvo tenha tido filhos do casamento, quer não.

Si as pessoas, a quem compete conceder licença para o casamento, a concedêrão pura e simplesmente, sem as restricções facultadas pelo art. 687, fôra absurdo que aquelle, que já gozou da faculdade de reger e administrar seus bens, voltasse a ser tutelado, ou para o patrio poder. Si o emancipado tornar-se incapaz por prodigalidade, ha a providencia do art. 936, e não voltará á tutela ou ao patrio poder.

« On ne peut pas dire, diz Laurent, que la cause cessant, l'effet cesse ; cela n'est vrai que des effets qui dévraient se produire après la cessation de la cause ; quant aux effets, qui ont déjà été produits, c'est un fait accompli. La raison est d'accord avec le droit et la logique. Si l'on a consenti au mariage d'un mineur de quatorze ans, c'est qu'on l'a trouvé capable dans les limites de l'émancipation.

Sera-t-il moins capable si le mariage vient a dissoudre ? »

O codigo civil francez nos art. 485 a 486 e outros, que o imitárão, estabelecem certos casos, em que o emancipado póde perder a emancipação. São talvez laivos de romanismo. Assim lemos na L. un. cod. de ingrat. lib. *Filios et filias, cæterosque liberos contumaces, qui parentes, vel acerbi convicii, vel cujuscumque atrocis injuriæ, dolore pulsassent, leges, emancipatione rescissa, damno libertatis immeritæ multare voluerunt.*

Accrescenta Brunnemann : *atque ideo filius emancipatus iterum redigitur in potestatem patriam.*

Digitized by Google

Art. 903.— Si alguma cousa for devida ao menor, com a clausula de só poder have-la quando tiver completado a legitima idade, a emancipação não influe nessa clausula.

Quando alguma cousa é devida ao menor para quando completar a legitima idade, entende-se que é a de 21 annos. A emancipação é excepção, a regra é a maioridade aos 21 annos. Portanto, ainda que se emancipe ,não póde receber o legado, que lhe foi deixado com a clausula da legitima idade.

SECÇÃO IX

DA INTERDICÇÃO

Art. 904.—Será declarado interdicto do exercicio de seus direitos o louco e o imbecil, isto é, todo aquelle, que pelo estado anormal de suas faculdades intellectuaes se mostrar habitualmente incapaz de reger sua pessoa e administrar seus bens.

Paragrapho unico.—A interdicção póde ser declarada, qualquer que seja a idade do louco ou do imbecil.

Será declarado interdicto do exercicio de seus direitos, diz o artigo, o louco e o imbecil.

O artigo não define qual seja o louco ou o imbecil. A lei não deve definir, *omnis definitio in lege periculosa*. Comprehende-se mais facilmente o que seja a imbecilidade: é uma fraqueza do espirito proveniente da falta ou obliteração das idéas. O que é, porém, a loucura?

No pensar de alguns alienistas, não ha quem não seja louco, até o genio é uma loucura. Socrates, Napoleão, Shakspeare forão loucos, Victor Hugo é um louco.

O art. 904 explica seu pensamento, quando diz que se deve entender por louco ou imbecil todo aquelle, que pelo estado anormal de suas faculdades intellectuaes se mostra habitualmente incapaz de reger sua pessoa e administrar seus bens.

Digitized by Google

A lei só pergunta si tal pessoa está habilitada para reger e administrar seus bens, a lei só indaga do facto, seja ou não alguem considerado como louco conforme as diversas e contradictorias opiniões dos alienistas.

E' ou não capaz de reger sua pessoa e administrar seus bens: é só o que perguntará o juiz, e não si, segundo a sciencia, é um idiota, maniaco, monomaniaco, furioso, somnambulo, ou de dupla existencia.

A interdicção é decretada não só no interesse do interdicto; é tambem de interesse publico. A condição do homem, cujas faculdades intellectuaes estão alteradas, ou cujas idéas se extinguirão, é mais digna de compaixão que a de um menor.

As faculdades intellectuaes deste ainda não chegárão ao seu completo desenvolvimento, mas se desenvolvem gradualmente : o seu maior defeito é o da idade, defeito que com o tempo vai successivamente desapparecendo; sua incapacidade vai, por assim dizer, desapparecendo todos os dias, em cada momento, até que chegue o dia em que a lei o habilita para o exercicio de seus direitos civis com a maioridade.

Mas o louco e o imbecil, infelizmente, pelo atrazo, em que ainda hoje se acha a sciencia medica a este respeito, não se póde prever em que tempo recuperará o estado normal de suas faculdades intellectuaes, e si será isso possivel.

Tem-se visto loucos, como taes declarados pela sciencia, que entretanto regularmente regem sua pessoa e administrão seus bens. Não é destes que trata a lei ; não devem ser declarados interdictos : não ha aqui loucura no pensamento da lei.

A loucura legal deve ser *habitual*, diz o art. 904. E, na verdade, não é por alguns actos isolados que se decidirá, que um individuo perdeu o uso regular de suas faculdades intellectuaes : todos estamos sujeitos a desvarios. Quando, porém, o estado de razão é que constitue um incidente na vida do homem, pode-se dizer que a loucura é seu estado habitual. Vemos todos os dias darem-se alterações nas faculdades intellectuaes do homem ;

Digitized by Google

alterações, que durão dias e ainda mezes; mas não é o estado habitual, não ha ainda a loucura legal. Succede assim, por exemplo, no *delirium tremens*, passageiro, não se tornando habitual.

No paragrapho unico do art. 904 ainda se diz que a interdicção póde ser declarada, qualquer que seja a idade do louco ou do imbecil.

E' certo que o menor de 21 annos acha-se, ou sob o patrio poder, ou em tutela, e pareceria desnecessario declara-lo louco ou imbecil. Mas a loucura e a imbecilidade podem-se manifestar em qualquer pessoa antes dos 21 annos. A interdicção é de ordem publica. Um menor furioso deverá ter outro tratamento, que o menor que não o é.

Ainda mais, o menor exerce livremente certos actos, que não são permittidos aos interdictos. O menor pubere póde-se casar, seu casamento é valido, só dependendo do consentimento de seus representantes legaes para que resultem os effeitos regulares do casamento (art. 679); entretanto que o casamento do louco póde ser annullado (art. 667).

Só ao menor de 14 annos não é permittido fazer testamento (art. 1668); o testamento do louco, quando não é feito em lucido intervallo, não tem validade (art. 1663).

Cumpre, pois, que ainda durante a minoridade seja declarada a interdicção para os effeitos mencionados.

Ainda mais:

Apezar da providencia do art. 909 póde o representante legal do menor entender que, completada a maioridade, não devão os bens ser entregues ao maior, por ser este louco ou imbecil, e iniciar o processo da interdicção (art. 894).

> Art. 905. — Só por si, nem a velhice, nem qualquer enfermidade duradoura ou perpetua, ou a embriaguez habitual, dão motivos á interdicção, devendo-se, em todos os casos, presumir o estado normal das faculdades intellectuaes de cada um.

A regra é que todos se devem presumir no gozo regular de suas faculdades intellectuaes. A loucura e imbecilidade são estados

Digitized by Google

anormaes do homem. Emquanto se não provar que qualquer pessoa é louca ou imbecil, deve-se entender que é capaz de administrar seus bens.

Ha pessoas de idade avançada que conservão integras suas faculdades intellectuaes. Uma enfermidade, embora perpetua, não privará o homem do uso da razão. A embriaguez habitual poderá levar á loucura, e frequentemente é esse o seu termo fatal; mas por si só não é loucura.

Art. 906. — A loucura parcial só dará motivo á interdicção dos actos, sobre que ella versar.

A sciencia reconhece loucuras, que só versão sobre certos actos: é, por exemplo, a monomania. Ha pessoas que conservão o uso da razão, mas soffrem allucinações. Si a allucinação só versa sobre certos factos, só bastará uma interdicção parcial daquelles actos em que a razão não é completa.

Art. 907. — A interdicção declarada produz todos os seus effeitos legaes, ainda que o interdicto tenha lucidos intervallos, salvas as restricções legaes.

Uma vez decretada a interdicção, todos os actos praticados pelo interdicto são annullaveis. Ha excepções, como seja o casamento (art. 666), que não póde ser annullado, quando contrahido em lucido intervallo. Póde o louco testar nos termos do art. 1664. São casos excepcionaes; a regra é poderem ser annullados os actos praticados pelo louco, ainda que em lucido intervallo.

Diz muito bem um escriptor, que é precisamente quando ha lucidos intervallos, que se torna necessaria a interdicção. Quando a alienação é continua e sem intermittencia, é ella notoria, e nesse estado ninguem tratará com o louco, porque sabe que o acto está sujeito a ser annullado.

Não succede o mesmo quando ha lucidos intervallos. Si se désse validade aos actos por elle praticados nos lucidos

Digitized by Google

intervallos, seria abrir uma fonte de contestações e litigios, porque fôra difficil provar o verdadeiro estado moral de um alienado em um tempo dado. Em um mesmo dia poderia o louco praticar actos validos e outros annullaveis. Fôra nullificar a interdicção.

> Art. 908.— E' obrigação do juiz declarar a interdicção; são obrigados a denuncia-la o escrivão respectivo e o agente do ministerio publico; póde denuncia-la qualquer pessoa, tenha ou não interesse.

A interdicção é de ordem publica. A sociedade deve protecção áquelles que não podem reger sua pessoa e administrar seus bens.

A incapacidade do alienado é, como já dissemos, muito mais digna de lastima que a do menor.

A deste terá um termo esperado, e o louco não sabe quando recuperará a razão. Os actos praticados por aquelle, que é incapaz de consentir, podem ser annullados; cumpre portanto, ainda no interesse de terceiros, que se decrete a interdicção.

Sendo a interdicção de ordem publica deve ser permittido requere-la qualquer pessoa, tenha ou não interesse.

Pela mesma razão deve ser obrigatoria a decretação ou o requerimento da interdicção ás pessoas encarregadas de zelar pela ordem publica, ou revestidas de certas funcções. O juiz logo que tenha conhecimento de que alguma pessoa se acha em estado de loucura é obrigado *ex-officio* a dar-lhe um tutor. Ao escrivão e ao curador geral de orphãos, incumbe denunciar o facto e requerer ao juiz que decrete a interdicção.

> Art. 909.— Nos casos de urgencia, que não admittem demora, poderá o juiz, antes da declaração definitiva da interdicção, providenciar sobre a pessoa e bens do louco.

Concede o artigo ao juiz um poder discricionario em caso de urgencia. Para a interdicção é necessario que haja um processo qualquer, embora summario. Por uma simples denuncia não deve o juiz decretar immediatamente a interdicção.

Digitized by Google

Inquirirá testemunhas, ouvirá facultativos e procederá a exame na pessoa, cuja interdicção se requereu.

Tem havido exemplos de parentes ou herdeiros de um individuo requererem sua interdicção só com o fim de não poder elle dispôr de seus bens. Muitos em seu juizo perfeito têm sido encarcerados em hospicios, privados do exercicio de seus direitos e da liberdade. Infelizmente não são raros estes factos.

Assim á interdicção deve preceder um inquerito, que póde e deve ser demorado conforme as circumstancias. Ora é facil acontecer, emquanto dura o processo do inquerito, que seja necessario providenciar sobre a pessoa e bens do alienado.

Supponha-se que alguem se torna repentinamente furioso. Néste caso excepcional não deve o juiz esperar que termine o processo para prender o furioso em um hospicio, ou acautelar seus bens : é o caso de dizer *principiis obsta*.

Não se diz no art. 909 que providencias deve dar o juiz no caso de urgencia, nem é possivel dizê-lo; fica isso a seu arbitrio e sob sua responsabilidade. Deixar vagar pelas ruas um furioso, dissipando seus bens, póde ser de maior responsabilidade, que a interdicção de quem não deve ser declarado interdicto.

Art. 910.—A interdicção poderá ser impugnada pelo agente do ministerio publico e por qualquer interessado.

Si a interdicção é de ordem publica, ainda o é mais que se não declare interdicto aquelle, que é capaz. Si o agente do ministerio publico deve requerer a tutela do alienado, incumbe-lhe igualmente obstar que se dê tutor áquelle, que está em condições de reger sua pessoa e administrar seus bens.

Art. 911.—Julgada a interdicção, ficará o interdicto debaixo de tutela, salvos os direitos dos pais quanto ao patrio poder, si o interdicto fôr menor.

Já se disse que a interdicção póde ser declarada, qualquer que seja a idade do interdicto. Si o menor tem pai ou mãi

Digitized by Google

continuará debaixo do patrio poder, cessará, porém, o usufructo legal, quando completar a idade de 21 annos; só então é que o patrio poder se converterá em tutela.

Art. 912.—A declaração da interdicção ou de sua cessação só constitue caso julgado no juizo civil, para os effeitos declarados no codigo; mas não no juizo criminal, para excluir a imputação de delicto, ou dar logar á condemnação.

Pelo codigo criminal (art. 10) considera-se criminoso o louco que commetter crime em lucido intervallo, entretanto que pelo art. 907 do projecto a interdicção produz todos os seus effeitos ainda que o louco tenha lucidos intervallos.

Póde, portanto, o interdicto, embora incapaz da vida civil, ser condemnado, como criminoso, si o crime foi praticado em lucido intervallo. A lei criminal só considera o tempo em que o crime foi commettido, para julgar si ha ou não imputabilidade.

Um individuo declarado interdicto, póde ser sentenciado como criminoso pelo jury.

Art. 913.—Tambem não constituem caso julgado no juizo civil quaesquer sentenças do juizo criminal, que tenhão excluido imputação por motivo de alienação mental, ou que tenhão condemnado.

A lei criminal é mais indulgente na apreciação do estado mental de um individuo. Admitte como escusa do crime a loucura momentanea. Não é possivel que seja escusado o crime praticado em um accesso de ira? *Ira furor brevis est.*

Para ter logar a interdicção exige a lei civil que o individuo esteja habitualmente incapaz de reger seus bens (art. 904). A embriaguez, ainda que habitual, não é motivo de interdicção (art. 905), entretanto, que não será punido o crime commettido pelo ébrio, inteiramente privado do uso da razão.

Art. 914.—E' obrigação do juiz, de officio, fazer cessar a interdicção, quando tenha conhecimento de que desappareção seus motivos; é obrigação do tutor, do respectivo escrivão e do agente do ministerio publico requerel-o; tambem o póde requerer qualquer pessoa, e o proprio interdicto.

Si a interdicção é de interesse publico, ainda o é mais sua

Digitized by Google

cessação. Si a sociedade deve protecção ao incapaz, ainda mais a deve ao que sem causa esteja privado do exercicio dos seus direitos civis, e talvez sequestrado em algum hospicio.

Cumpre, pois, que o juiz faça cessar um constrangimento, quando não mais necessario.

Da mesma fórma si o tutor tem conhecimento, e ninguem mais do que elle, de que seu tutelado é capaz de tomar conta da administração de seus bens, é obrigação sua rigorosa denuncia-lo ao juiz, para que este faça cessar a interdicção.

O escrivão de orphãos e o curador-geral, a quem incumbe zelar da pessoa e bens do interdicto, tambem devem requerer a suspensão da interdicção, cessando o motivo desta.

Finalmente sendo a cessação da interdicção de ordem publica, ainda é facultado a qualquer pessoa requere-la, tenha ou não interesse.

> Art. 915.—A sentença de interdicção, e a que a julgar cessada, logo que passem em julgado, serão registradas no livro respectivo das tutelas e publicadas por edital no domicilio do interdicto e pelo jornal de maior circulação da comarca.
>
> O dia de taes publicações deverá ficar constando no livro das tutelas.

E' regra geral que todo o acto, que modifica o estado das pessoas, deve ter a maior publicidade, e isto principalmente no interesse de terceiros, que devem conhecer a pessoa com quem contratão.

Julgada alguma pessoa interdicta ou declarado o termo de sua interdicção, convem que o facto se torne publico. E' a razão por que o art. 915 manda que a sentença da interdicção e a que a julga cessada sejão publicadas por edital e pelo jornal de maior circulação da comarca.

Tambem taes actos, assim como o dia de sua publicação, devem ficar constando dos livros das tutelas, não tanto para que tenhão maior publicidade, não sendo publicos os livros das tutelas, mas afim de, a todo o tempo, se poder ter certidão

Digitized by Google

authentica do dia certo, em que começárão ou cessárão os effeitos da interdicção.

Art. 916. — Começaràõ ou cessaráõ os effeitos da incapacidade do interdicto do dia da publicação do edital, de que trata o artigo antecedente.

Os actos praticados pelo interdicto, ainda que em intervallo lucido, podem ser annullados; cumpria, pois, fixar-se a data certa da interdicção e de seu termo. Esta data deve ser a do dia da maior publicidade do acto.

O art. 916 a fixa na publicação do respectivo edital. A data da sentença ou de seu registro no livro das tutelas póde não ser conhecida, a sua publicação nos jornaes póde tambem não ser conhecida, porque nem todos lêm jornaes. O acto mais publico é sem duvida o edital, que está ao alcance de todos e ainda dos analphabetos.

Constando o dia certo da interdicção e de seu termo, delle começão ou cessão os effeitos da mesma.

Para se julgar nullo um acto praticado pelo interdicto, bastará provar que foi praticado depois da publicação da interdicção; e para ser havido como valido, bastará provar que foi praticado depois de publicada a cessação da mesma.

Art. 917. — A tutela do interdicto casado será deferida ao outro conjuge, salvo achando-se judicialmente separados ou estando este, por outra causa, legalmente impossibilitado.

Paragrapho unico. — Poderá ser declarada impossibilidade legal a separação de facto dos conjuges por suas desavenças particulares, e emquanto estas durarem.

Si o interdicto é casado, a sua tutela deve em primeiro logar ser deferida ao outro conjuge. Vivendo elles vida commum seria um absurdo entregar a um estranho a administração dos bens do casal.

Parecerá que, sendo o marido chefe da familia, e o que em regra administra os bens do casal, e ainda os da mulher, se fas

Digitized by Google

desnecessaria a interdicção da mulher. O marido, dir-se-ha ainda, é obrigado a proteger e defender a pessoa da mulher, e esta é obrigada a obedecer-lhe no que fôr licito (art. 692); é portanto uma já quasi tutela, em que existe a mulher casada.

Ordinariamente assim acontece na pratica; de uma mulher casada demente quasi nunca o juiz julga a interdicção, deixando o marido continuar na administração como cabeça do casal.

Mas, por excepção de regra, a interdicção da mulher póde ser necessaria para certos effeitos. O casamento terá sido contrahido no regimen da separação de bens; a mulher se terá reservado o direito de administrar e dispôr de seus bens proprios, e tornando-se ella demente passará a administração para o marido. Ainda no regimen da communhão legal ha certos actos que o marido não póde praticár sem o consentimento da mulher; e tornando-se ella demente, ficará impossibilitada de prestar um consentimento livre.

Dahi a necessidade de decretar-se sua interdicção, porque em taes casos o seu consentimento será supprido nos termos do art. 925 n. 2.

Sendo o marido interdicto, a mulher será sua tutora.

A Ord. L. 4 tit. 103 § 1 defere a tutela do interdicto ao seu pai com preterição da mulher; mas accrescenta: « Porém, si sua mulher viver honestamente, e tiver entendimento e discrição e quizer tomar carrego de seu marido, ser-lhe-hão entregues todos os seus bens, sem ser obrigada a fazer o inventario.»

E' sempre a mesma prevenção contra a capacidade das mulheres.

O projecto não reconhece a incapacidade da mulher. Si o marido fôr declarado interdicto, a mulher é obrigada a aceitar sua tutela, e isto não só por interesse seu, como do marido e dos filhos. Ninguem póde se interessar mais pela prosperidade do casal, nem terá mais solicitude pela pessoa de seu marido desgraçado.

Não se exigem condições algumas para ser a tutela deferida

Digitized by Google

á mulher; não se manda abrir uma devassa escandalosa para se conhecer si ella vive honestamente, e presume-se nella o necessario entendimento e discrição.

Sobre a tutela do outro conjuge o art. 917 abre uma excepção: é quando se achão judicialmente separados. A separação dos conjuges tem logar no caso de divorcio, e este é sempre decretado por motivos, que tornão os conjuges irreconciliaveis.

Fôra perigoso entregar a tutela a um conjuge divorciado, que não tem mais interesse algum na bôa administração dos bens, nem tratará do interdicto, como é obrigado um tutor consciencioso.

Não tem ainda logar a tutela do outro conjuge, si este se acha impedido, por exemplo, si tambem é interdicto, ou está ausente.

No paragrapho unico do art. 917 ainda se estabelece que as desavenças particulares, que produzirão a separação de facto dos conjuges, póde ser impossibilidade legal.

Succede, não raro, viverem os conjuges separados sem estarem divorciados; mas por desavenças particulares, pelo máo procedimento ou costumes desregrados de algum delles.

Não diz o art. 917 que será isso uma impossibilidade legal de exercer a tutela, mas sim que *póde ser*. Ao juiz compete examinar si são tão grayes as desavenças, que devão ou não constituir impossibilidade legal. Si, por exemplo, o conjuge interdicto foi quem deu causa á separação de facto, poderá não haver inconveniente em ser confiada a tutela ao outro conjuge.

Em todo o caso, cessadas as desavenças, ou a causa dellas, deverá passar a tutela do interdicto para o outro conjuge.

Art. 918.—Casando-se o interdicto, passará a tutela ao outro conjuge.

Qualquer que seja o tutor de um interdicto, si este se casar, passará sua tutela para o outro conjuge.

Digitized by Google

O art. 666 permitte o casamento do louco em lucido intervallo. Dando-se o casamento não continuará a tutela a ser exercida por um estranho, o que é contra a razão, e trará a desordem e confusão no casal.

Art. 919.—Na falta ou impossibilidade do conjuge, será tutor do interdicto, filho legitimo ou perfilhado, o seu pai, e na falta ou impossibilidade do pai, a sua mãi.

A Ord. Liv. 4 tit. 103 defere a tutela do interdicto só ao pai, porque a mãi não tem o patrio poder: prevenções ainda contra a capacidade das mulheres.

Os pais são tutores dos filhos interdictos, ou estes sejão legitimos, ou perfilhados. Não ha razão pela qual não devão os pais exercer a tutela de seus filhos perfilhados. A tutela compete em primeiro logar ao pai, si este não existe ou está impossibilitado, compete á mãi.

Está entendido que esta tutela não prejudica o direito ao patrio poder, si o interdicto é menor, nos termos do art. 911.

Art. 920.—Na falta ou impossibilidade dos pais, será tutor do interdicto aquelle, que o juiz escolher entre seus filhos legitimos ou perfilhados, dando sempre preferencia ao mais velho, em igualdade de circumstancias.

A Ord. Liv. 4 tit. 103, na falta do pai, defere a tutela do interdicto ao avô. O art. 920 do projecto deferindo-a aos filhos parece mais razoavel. E' de presumir-se que os filhos melhor administrarão os bens dos pais, de quem são herdeiros legitimarios. Como os filhos perfilhados tambem succedem aos pais, é de razão que igualmente sejão obrigados a aceitar a tutela destes.

E' o juiz quem escolhe o tutor dentre os filhos do tutelado, e isto qualquer que seja o sexo delles; porque, como já vimos, o projecto não exclue as mulheres como incapazes de exercer qualquer tutela. Sómente em igualdade de circumstancias terá a preferencia o filho mais velho.

Digitized by Google

Uma filha, ainda a mais moça, si fôr a mais idonea, poderá excluir da tutela os seus irmãos mais velhos.

Art. 921.— Na falta ou impossibilidade das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes, a tutela do interdicto será testamentaria, legitima ou dativa, pela fórma estabelecida a respeito dos menores.

Na falta do conjuge, dos pais e dos filhos, si houver testamento, em que os pais tenhão dado tutor ao filho interdicto, terá logar a tutela testamentaria, isto é, será tutor a pessoa nomeada pelo testador, e regulão as disposições dos arts. 822 e 829.

Não havendo tutor testamentario, a tutela será legitima, isto é, deferida aos ascendentes nos termos dos arts. 830 e 833.

Não havendo ascendentes a tutela será dativa nos termos dos arts. 834 e 840.

Art. 922.—O pai e a mãi só podem nomear tutor testamentario a seu filho interdicto legitimo ou perfilhado :

1.°—Não sendo o interdicto casado, ou, sendo-o, estando o outro conjuge impossibilitado ;

2.°—Não existindo o outro progenitor, ou estando elle impossibilitado ;

3.°—Não tendo o interdicto filhos legitimos, ou perfilhados, ou, tendo-os, estando elles impossibilitados.

A tutela testamentaria não terá logar, sendo o interdicto casado, porque neste caso o outro conjuge é por lei o tutor. Assim o pai ou á mãi não póde em seu testamento nomear tutor a um filho seu interdicto casado, porque o tutela deste pertence de direito á sua mulher (art. 919). Mas si o seu filho interdicto se acha separado judicialmente, ou si a mulher deste tambem é interdicta, bem póde o pai ou a mãi nomear-lhe tutor em testamento.

Da mesma fórma, por exemplo, o pai não póde em testamento nomear tutor a seu filho interdicto, quando ainda existe a mãi deste ; porque pelo art. 919 a mãi neste caso é a quem pertence a tutela, de que não póde ser excluida por disposição testamentaria do pai.

Digitized by Google

Mas si a mãi está impossibilitada, bem póde o pai nomear em testamento tutor a seu filho interdicto.

Finalmente, si o interdicto tem filho legitimo ou perfilhado, a este pertence o tutela de seu pai interdicto nos termos do art. 920; portanto, com preterição deste não póde seu avô nomear tutor a seu pai interdicto, salvo si esse filho pela mesma fórma estiver impossibilitado.

Cumpre aqui advertir de uma vez por todas, que alguem se deve julgar impossibilitado de exercer a tutela, ou quando tenha uma escusa legal nos termos dos arts. 841 a 845, ou porque della seja excluido nos termos dos arts. 846 e 847, com a differença que no case do art. 846 a impossibilidade é absoluta, no caso do art. 841 a impossibilidade depende da vontade da pessoa chamada á tutela, a qual póde ou não aceitar.

Art. 923.—A tutela dos conjuges, dos ascendentes e dos descendentes, durará em quanto durar a interdicção, salvo sobrevindo motivo de escusa legal.

E' tão legitima e natural a tutela do conjuge, do ascendente e do descendente, que não deve cessar emquanto durar a interdicção. Tambem a tutela testamentaria só termina com a interdicção; porque admittindo-a o art. 921 pela mesma fórma estabelecida a respeito dos menores, o art. 829 a faz durar em quanto dura a menoridade.

E' de evidencia que sobrevindo motivo de escusa legal, cessa qualquer tutela.

Art. 924.—Os rendimentos dos bens do interdicto, e ainda os seus mesmos bens, si fôr necessario, serão, com preferencia, applicados ao melhoramento de seu estado.

A maior desgraça do interdicto é o seu estado de desarranjo intellectual; para dar-lhe a saude do espirito o tutor é autorisado a despender todos os rendimentos de seus bens e ainda os capitaes. A economia, quando se lhe póde restituir a razão, degenera em

Digitized by Google

deshumanidade. De que lhe servem os bens, estando privado de goza-los? Sacrifique-se tudo, si fôr necessario, para o interdicto recuperar o uso de suas faculdades intellectuaes.

Art. 925.—No caso de um dos conjuges ser tutor do outro:

1.º—O conjuge tutor será obrigado a fazer inventario sómente dos bens proprios do conjuge interdicto, e só da administração destes prestará contas;

2.º — Para aquelles actos, que um dos conjuges não póde praticar sem o consentimento do outro, será o consentimento do conjuge interdicto supprido pelo seu pai, na falta ou impossibilidade de seu pai, por sua mãi, e na falta ou impossibilidade de seus pais, pelo juiz.

Estabelece este artigo o que se dá de especial quando um dos conjuges é tutor do outro.

Si o marido é tutor da mulher, não faz mais, com pequena que continuar na administração do casal; si a excepção, mulher é tutora do marido, assume ella a administração que pertencia ao marido, e constitue-se chefe da familia.

Primeiramente o conjuge tutor, seja o marido ou a mulher, não é obrigado a fazer inventario nem dos bens proprios, nem dos bens communs. E' a sociedade conjugal que continúa no mesmo pé e sem interrupção, só com a differença de mudança de administrador, e não ha necessidade de inventario.

E' de admirar-se que a Ord. Liv. 4º tit. 103, tão provenida contra a capacidade das mulheres, no § 1º dispensa a mulher de fazer inventario quando tutora do marido.

Mas si o conjuge interdicto tem bens proprios, é de razão que sejão estes inventariados, porque de sua administração tem de dar contas o conjuge tutor.

Em segundo logar ha actos que um só dos conjuges não póde praticar sem o consentimento do outro. Sem o consentimento da mulher não é permittido ao marido alienar bens immoveis. Sendo para taes actos necessario o concurso das vontades de ambos os conjuges, si um delles se acha impossibilitado de consentir em razão da interdicção, cumpre que o consentimento seja supprido.

Digitized by Google

E' aos pais em primeiro logar que compete supprir o consentimento, e na falta destes ao juiz.

Art. 926.—Os contratos celebrados pelo interdicto, antes da declaração da sua incapacidade podem ser annullados, provando-se que a esse tempo já existia a causa da interdicção e era conhecida do outro contratante.

Paragrapho unico. — Si a causa da interdicção era notoria, presume-se conhecida do outro contratante.

Depois de declarada a interdicção do demente nos termos do art. 916, presume-se ella conhecida de todos, e, portanto, os contratos celebrados pelo interdicto, ainda que em lucido intervallo, são annullaveis. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* (L. 19, Dig. de reg. juris.)

Quanto aos contratos celebrados pelo demente antes da declaração de sua incapacidade, só podem ser annullados provando-se: 1°, que já ao tempo do contrato era elle demente; 2°, que a demencia era conhecida do outro contratante.

Para todo acto juridico é necessario o livre consentimento ora um louco, embora não tenha sido declarado tal, não é capaz de prestar livre consentimento para acto algum: sem o uso da razão não ha livre consentimento.

Para annullar-se, porém, o contrato, é preciso provar-se a má fé da pessoa que contratou com o louco, e para isso bastará que se prove que elle sabia, que tratava com uma pessoa privada do uso da razão.

O contrato não é nullo *ipso jure*, mas sómente annullavel. Si delle não resultou prejuizo ao interdicto, não ha necessidade de annullar-se e nem o permitte o art. 266.

Si era notorio o estado de demencia do interdicto ao tempo do contrato, presume-se conhecido pelo outro contratante, e o contrato é annullavel.

O que é notorio presume-se conhecido de todos, mas é sómente uma presumpção legal, que cede á prova em contrario. Si o contratante, apezar da notoriedade, provar que ignorava a

Digitized by Google

demencia do interdicto ao tempo do contrato, este não póde ser annullado.

> Art. 927.—A mulher, tutora do marido, fica habilitada para praticar todos os actos da vida civil, de que era o marido capaz antes da interdicção, salva a disposição do numero 2º do art. 925.

O projecto não faz differença alguma entre o homem e a mulher para o exercicio e gozo dos direitos civis. A capacidade é igual em ambos os sexos. Só estabelece a inferioridade da mulher casada em relação ao marido pela necessidade de dar um chefe ao casal, porque do contrario seria criar a desharmonia, quando não houvesse combinação de vontades.

O marido, diz o art. 695, é o chefe da familia, e suas deliberações prevalecem em todos os negocios domesticos. Mas si o marido está interdicto, si não é capaz de dirigir os negocios do casal, a mulher é o chefe da familia; passão para ella todas as attribuições do marido. A mulher não é propriamente uma tutora, mas assume a administração, de que se achava privada em virtude do casamento.

Assim a mulher, tutora do marido, não precisa de autorisação para alienar os bens moveis do casal, ou para estar em juizo como autora ou ré, ou para comprar bens moveis ou de raiz; porque taes actos podia o marido praticar sem o seu consentimento (art. 697); póde contrahir dividas, obrigar-se, negociar, exercer o patrio poder, e, em geral, praticar todos os actos, que erão permittidos ao marido.

Aquelles actos, porém, que não erão permittidos ao marido sem o seu consentimento, como a alienação de bens de raiz, a mulher tutora não os póde praticar sem o consentimento do pai do marido, na falta do pai sem o consentimento da mãi, e na falta dos pais sem a autorisação do juiz, nos termos do art. 925.

Ainda doações, fianças, e, em geral, qualquer contrato gratuito póde fazer a mulher, porque não são actos vedados ao marido (art. 693); mas taes actos não prejudicão o marido.

Digitized by Google

Art. 928.—A nullidade de que trata o art. 928 póde ser allegada pelo tutor, pelo interdicto, cessada a interdicção, por seus herdeiros e por qualquer terceiro prejudicado.

Ao tutor, como representante legal do interdicto, cumpre examinar si do contrato celebrado por este resultou-lhe prejuizo para requerer a sua annullação. Tambem o podem requerer o interdicto, cessada a interdicção, seus herdeiros e ainda qualquer interessado, como seja o conjuge prejudicado pelo acto do interdicto.

Art. 929.—As disposições relativas á tutela dos menores são communs á tutela dos interdictos, no que possão ser applicaveis, salvas as disposições da presente secção.

O interdicto é equiparado ao menor, e goza da mesma protecção que a lei concede a este. Portanto as disposições relativas á tutela dos menores devem ser communs a dos interdictos, salvas as disposições da presente secção.

O tutor dos menores não póde vender ainda os bens moveis do seu tutelado sem o consentimento do juiz, e a venda em regra deve ser feita em praça publica (art. 859).

Mas a mulher tutora do marido póde livremente vender os moveis do casal independente de qualquer autorisação.

Os immoveis do menor só podem ser vendidos em caso de necessidade, e em praça publica. A mulher, tutora do marido, obtido o consentimento, de que trata o art. 925, póde vender os immoveis do casal, independente de praça publica ou de urgente necessidade.

Digitized by Google

SECÇÃO X

DOS SURDOS-MUDOS

Art. 930.— Os surdos-mudos, que souberem lêr e escrever, reputão-se, em tudo, capazes do exercicio de todos os actos da vida civil.

A lei romana mandou dar tutor ao surdo-mudo. *Et mentecaptis et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, curatores dandi sunt.* (Inst. de curat.)

Em parte alguma mandão as ordenações que se dê tutor ao surdo-mudo, estabelecem sua incapacidade só para certos actos.

O ser surdo-mudo não é incapacidade, é facil, porém, ser elle imbecil, e neste caso a incapacidade provém da imbecilidade, e não da surdo-mudez.

Nesta secção trata-se dos surdos-mudos sem distincção alguma si o são de nascença, ou si tornão-se taes por algum accidente; só o que se examina é si tem a necessaria capacidade para regerem e administrarem seus bens.

Os surdos-mudos, diz o art. 930, que souberem lêr e escrever, não têm incapacidade alguma; porque por escripto podem communicar seus pensamentos, e manifestar suas vontades, tão perfeitamente como se fallassem ou ouvissem.

Art. 931.— Os surdos-mudos analphabetos só serão declarados interdictos, quando não tiverem a necessaria capacidade para regerem sua pessoa e administrarem seus bens.

Os surdos-mudos, ainda analphabetos, podem manisfestar perfeitamente suas vontades por meio de gestos e signaes. Por isso a ignorancia da leitura e da escriptura não os obriga necessariamente á tutela.

Ha surdos-modos analphabetos mais intelligentes e que regem seus bens melhor, que muitas pessoas que fallão e escrevem, os casos são frequentissimos. A perda de um sentido ou faculdade, pelo esforço, que faz o individuo para suppri-los,

Digitized by Google

muitas vezes traz em resultado o aperfeiçoamento de outros sentidos ou faculdades.

Só quando o surdo-mudo analphabeto não é capaz de reger e administrar seus bens, é que o art. 931 o sujeita á tutela; porque póde a surdo-mudez estar acompanhada da imbecilidade, e neste caso o tutor lhe é dado antes por ser imbecil, que por ser surdo-mudo.

Art. 932.— A interdicção do surdo-mudo póde ser total ou parcial, ou limitada a certos negocios ou administracção, conforme as exigencias dos casos, e sua capacidade, ou aptidão.

Póde o surdo-mudo analphabeto ser capaz para certos actos, e incapaz para outros. Um surdo-mudo, que não tenha fortuna, não precisará de tutela; o que possue bens pó de não ser capaz de administra-los, mas capaz de reger sua pessoa: nesse caso bastará um simples curador, que administre seus bens, sem que elle fique debaixo da tutela. E' a razão por que o art. 932 faculta dar ao surdo-mudo uma tutela parcial ou limitada conforme os negocios e aptidão do tutelado.

Art. 933.—A extensão e limites desta interdicção devem ser especificados na sentença que a declarar, e em qualquer tempo podem ser modificados pela superveniencia de qualquer negocio ou mudança na capacidade do surdo-mudo.

Na sentença que julgar a incapacidade do surdo-mudo, será declarado si é ella completa ou só limitada a certos actos, afim de que as pessoas, que com elle quizerem contratar, tenhão conhecimento de que actos se acha inhibido, e quaes lhe são facultados.

Esta sentença, no decurso da tutela, póde ser alterada, ou restringindo ou augmentando a capacidade do surdo-mudo. Si, por exemplo, este aprendeu a lêr e escrever, cessa completamente a tutela, e torna-se elle capaz de todos os actos da vida civil (art. 930). Si ao surdo-mudo foi dado um tutor só em relação a

Digitized by Google

certo negocio, que elle não era capaz de gerir, concluido o negocio, deve cessar a tutela parcial.

Art. 934.— As disposições sobre a tutela dos interdictos, são communs á tutela dos surdos-mudos no que possão ser applicaveis, salvas as disposições da presente secção.

Portanto, a tutela do surdo-mudo será deferida em primeiro logar ao outro conjuge, na falta deste aos pais, na falta dos pais aos filhos, etc., como nos casos de interdicção.

CAPITULO II

Da curadoria

SECÇÃO I

DA CURADORIA DO PRODIGO

Art. 935.—A lei considera prodigo todo aquelle que, desordenadamente dissipa seus bens, de maneira que haja justo receio, de que venha a ficar reduzido á pobreza.

No capitulo antecedente tratou-se da tutela; esta abrange o governo da pessoa e dos bens do tutelado. Assim ao interdicto furioso não será permittida a liberdade, será talvez necessario recolhe-lo em estabelecimentos apropriados; ao mesmo tempo incumbe ao tutor administrar seus bens.

O curador, porém, só é dado aos bens, e nada tem com a pessoa do curatelado.

A Ord. Liv. 4º tit. 103 equipara o prodigo ao demente; o prodigo julgado tal fica privado da administração de seus bens, e é declarado incapaz de todos os actos da vida civil; ainda mais: o prodigo nem é capaz de fazer testamento. O louco póde testar em lucido intervallo, o prodigo não tem lucidos intervallos.

Digitized by Google

Se diz contra a curadoria do prodigo, e a objecção é séria, que o prodigo está no seu direito quando dissipa seus bens, como entende; porque a propriedade é o direito não só de gozar e dispôr da cousa, como ainda de abusar e destrui-la (arts. 995 e 996). Não ha differença entre aquelle que administra mal os seus negocios e o que dissipa seus bens. Si é permittido dar-se um curador ao prodigo, tambem deve ser permittido dar-se curador aos máos pais de familia que não sabem administrar seus bens. Ha direito de limitar-se a liberdade individual no interesse do proprio individuo? Cada um é senhor de dispôr de sua fortuna, como muito bem entender.

A isto se responde que si só sobre o prodigo recahisse a responsabilidade de seus actos, a lei não deveria intervir, limitando a sua capacidade, e o deixaria arruinar-se. Mas sua ruina offende outros interesses, e mais que interesses: direitos. O que fará o prodigo quando ficar reduzido á miseria? Pedirá alimentos aos que são obrigados, ou recorrerá á caridade publica.

Erão solemnes e energicas as palavras, em que o pretor, censurando o prodigo, o privava da administração de seus bens: *Quando tua bona paterna, avitaque, nequitia tua dispendis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem, tibi ea re, commercioque interdico.*

O prodigo, muitas vezes, depois de dissipar sua fortuna, torna-se aspero para com a mulher e filhos. Elle é o administrador, e não o dissipador dos bens do casal. Não póde á mulher ser indifferente que seus bens sejão esbanjados por um marido, que não tem limites em loucas despezas. Não é só elle que será reduzido á pobreza, mas tambem ella e os filhos. Os pais têm obrigação de alimentar, de educar os filhos, e de dar-lhes conveniente destino; não têm portanto o direito de esbanjar o patrimonio, que por alguma fórma tambem pertence a estes pelo direito aos alimentos e á educação.

E' por isso que com razão disse Justiniano: *Expedit reipublicæ ne su re quisque male utatur.*

Digitized by Google

Da maneira como o projecto regula a prodigalidade, parece que é respeitada a liberdade individual e o direito de propriedade, e ao mesmo tempo são consultados os mais vitaes interesses da familia, e resguardados os direitos do conjuge e dos filhos, como veremos nos artigos seguintes.

O art. 935 define o que seja prodigalidade. Os codigos modernos não a definem, deixando a sua apreciação ao arbitrio do juiz. A Ord. Liv. 4 tit. 103 § 6. define prodigo *aquelle que desordenadamente gasta e destroe sua fortuna*. E' vaga a definição; tambem deixa tudo ao arbitrio do juiz.

Melhor é a definição de Paulo, que acima ficou transcripta, e de que a definição do art. 935 do projecto é quasi a traducção.

Ulpiano define o prodigo: *Qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando, et dissipando profudit*. A palavra vem de *prodigare*, dissipar, malbaratar e desperdiçar.

Falta na definição o essencial, que vem no art. 935 do projecto: o prodigo é aquelle que desordenadamente dissipa seus bens, de maneira que haja justos receios de que venha a ficar reduzido á pobreza.

Um homem rico póde fazer grandes despezas, sem que se considere prodigo, despezas inuteis. Não será havido como prodigo, senão quando haja receio de vir a ficar reduzido á pobreza. E' essa pobreza, que principalmente se procura evitar, e é o essencial.

Art. 936.— O prodigo será declarado incapaz sómente para exercer sem curador os actos seguintes:

1.°— Alienar;

2.°— Emprestar e tomar de emprestimo;

3.°— Dar quitação;

4.°— Transigir;

5.°— Demandar e ser demandado;

6.°— Em geral, praticar qualquer acto que não seja de simples administração.

O prodigo não é um louco, como o considerão o direito romano e as ordenações. O art. 936 do projecto sómente o priva

Digitized by Google

de exercer certos actos sem um curador, sendo considerado capaz quanto aos mais actos. De seus bens só lhe são permittidos os actos de pura administração.

Considerar o prodigo como louco importa violação da liberdade particular. O que se pretende evitar é que o prodigo não fique reduzido á pobreza, e basta que se lhe prohibão certos actos. Assim não poderá vender seus bens sem a approvação de um curador, que reconheça a necessidade da venda; não poderá emprestar, nem tomar de emprestimo, porque é por ahi que vai sempre a fortuna do prodigo: não receia contrahir obrigações, suppondo sua fortuna inexhaurivel.

Art. 937.—A curadoria do prodigo só póde ser deferida sendo elle casado, ou tendo descendentes herdeiros legitimarios.

Já dissemos que a coarctação da liberdade individual, por meio da declaração da prodigalidade, só deve ter logar, quando o prodigo offende seus deveres e direitos de terceiros. O marido, que dissipou os bens do casal, ameaça reduzir sua mulher á pobreza, e a esta será permittido requerer que se lhe coarcte a liberdade de dispôr de seus bens.

Da mesma fórma o pai, que tem filhos herdeiros legitimarios, dissipando seus bens, póde ficar reduzido á impossibilidade de cumprir os deveres da familia.

Os deveres da familia quanto aos ascendentes e mais parentes não são tão rigorosos, como os para com os descendentes.

Assim a prodigalidade não será declarada, senão em qualquer dos dous unicos casos do art. 937. Quem não fôr casado, ou não tiver descendentes herdeiros legitimarios, póde dissipar livremente seus bens, póde com seus vicios reduzir-se á pobreza, logo que não offenda direitos de terceiros ou deveres impostos pela lei. Si cavar a sua ruina, *sibi imputet*. A lei concede-lhe toda a faculdade em respeito á liberdade individual.

Digitized by Google

Art. 938.—A curadoria do prodigo só póde ser requerida pelo conjuge, e na falta, ou impossibilidade do conjuge, ou estando este judicialmente separado, pelos descendentes herdeiros legitimarios.

Ainda neste artigo se respeita a liberdade individual. Si o prodigo é casado, só ao outro conjuge é permittido requerer sua curadoria. Este é o mais immediatamente interessado; porque é com bens do casal, ou sejão communs ou proprios de algum dos conjuges, que se sustentaráõ os encargos do matrimonio.

A curadoria do prodigo, tendo de ser deferida ao outro conjuge, tornar-se-hia illusoria, si, contra a vontade deste, se permittisse requere-la qualquer outra pessoa. Existindo o conjuge do prodigo a ninguem mais, nem aos herdeiros legitimarios descendentes, é licito requerer a curadoria.

Si o prodigo, porém, não é casado, ou si o outro conjuge é fallecido ou interdicto, poderão os descendentes herdeiros legitimarios requere-la, porque depois do conjuge são estes os mais interessados.

Art. 939.—Deve a curadoria do prodigo ser decretada pelo juiz de officio; são obrigados a requere-la o agente do ministerio publico, e o respetivo escrivão; e póde requere-la qualquer pessoa:

1.°—Tendo o prodigo descendente herdeiro legitimario menor ou interdicto, si o prodigo não fôr casado, ou, si o fôr, achando-se o outro conjuge impossibilitado ou separado judicialmente;

2.°—Si o conjuge do prodigo se acha impossibilitado e tem descendente herdeiro legitimario menor, ou interdicto.

Estabelecem-se aqui duas excepções da decisão do artigo antecedente.

Si não ha conjuge, a quem em primeiro logar pertence requerer a curadoria do prodigo, e este tem herdeiro legitimario menor ou interdicto, o juiz tem obrigação de decreta-la *ex-officio* e póde requere-la qualquer pessoa. A sociedade deve protecção áquelles, que por sua incapacidade estão privados do exercicio de seus direitos, e taes são os menores e interdictos. Não podendo estes requerer a curadoria, tornou-se ella de ordem publica, e ao juiz cumpre supprir a incapacidade dos interessados.

Digitized by Google

A Ord. Liv. 4 tit. 103 no § 6 manda que o juiz *ex-officio* decrete a curadoria do prodigo: « E si o juiz por inquirição souber que em o logar do seu julgado ha algum prodigo. »

Si o conjuge, a quem em primeiro logar compete requerer a curadoria, está impossibilitado, mas tem herdeiro legitimario menor ou interdicto, ainda convém que o juiz suppra a incapacidade destes, decretando a curadoria *ex-officio*.

Art. 940.—Nos casos urgentes, que não admittem demora, poderá o juiz, antes da declaração definitiva da prodigalidade, e depois que o requerimento para esta lhe fôr apresentado, ordenar que se publique por editaes, que ninguem pratique com o prodigo qualquer dos actos de que trata o art. 936, sob pena de nullidade.

E' um caso identico ao art. 909.

A curadoria do prodigo não é decretada sinão depois de um processo, que, embora summario, admitte demora. E si o juiz *por inquirição* souber, diz a ordenação. E' necessario por tanto uma inquirição, isto é, um processo qualquer. Durante este contrahirá o prodigo dividas, alienará seus bens, de fórma que afinal se tornará inutil a curadoria, isto é, quando já o prodigo tiver dissipado seus bens.

Art. 941.—Podem ser annullados os actos, de que trata o art. 936, praticados pelo prodigo depois da declaração e publicação da prodigalidade, ou depois da publicação de que trata o artigo antecedente. si afinal a prodigalidade fôr julgada por sentença.

Paragrapho unico.—Não podem ser annullados os actos anteriores, ainda que praticados quando já havia a causa da interdicção.

Não é tão facil conhecer um prodigo como um louco; e demais ninguem póde prever que será requirida a curadoria, não sendo isso obrigatorio.

A propria Ord. Liv. 4 tit. 103, que equipára o prodigo ao demente, só torna nullos os actos por elle praticados depois da sentença de interdicção nas palavras *e dahi em diante*.

E' o contrario do que decide o art. 926 em relação ao interdicto. Por mais notoria que seja a prodigalidade de uma

Digitized by Google

pessoa, não tendo sido decretada judicialmente, são validos os actos do prodigo.

O art. 941 faz cessar a questão entre nossos escriptores, si póde ser annullado o acto praticado pelo prodigo depois de requerida sua curadoria, mas antes da sentença. Si o juiz providenciou nos termos do art. 940, o acto é annullavel, e o contrario si não providenciou.

Art. 942.—As disposições sobre a tutela dos interdictos são communs á curadoria do prodigo, no que possa ser applicavel, salvas as disposições da presente sub-secção.

Sendo applicaveis á curadoria do prodigo as disposições sobre a tutela do interdicto, segue-se que ella pertence em primeiro logar a outro conjuge, na falta deste aos pais, e assim aos mais parentes, conforme a ordem estabelecida em relação ao interdicto.

SECÇÃO II

DA CURADORIA DAS PESSOAS POR NASCER

Art. 943.—São pessoas por nascer, as que já estão concebidas no ventre materno.

Já no art. 142 se disse que a existencia legal de toda a pessoa principia no momento da sua concepção no ventre materno. Logo que ha uma concepção, ha uma pessoa por nascer. Mas os direitos conferidos a essa pessoa ficão suspensos até ao momento do nascimento, porque para se tornarem irrevogaveis é necessario que a pessoa por nascer nasça viva (art. 143).

Eis o que a presente secção trata de acautelar: os direitos das pessoas por nascer. Trata de verificar sua existencia e seu nascimento legal.

Digitized by Google

Art. 944.—Terá logar a curadoria das pessoas por nascer, sempre que a estas tenhão de competir direitos dependentes do facto do nascimento.

Resguardar os direitos das pessoas por nascer é o unico fim desta curatela. Taes pessoas são incapazes (art. 77); ainda não têm uma existencia real, são pessoas que não precisão ser regidas, e, tratando-se unicamente de seus direitos, só é cabivel a curadoria. E' o que os romanos, usando de uma expressão barbara, chamavão *curadoria do ventre.*

Supponha-se que por morte do marido a viuva se declara gravida. Si o filho nascer vivo, é elle o herdeiro do pai; si nascer morto, reputa-se nunca ter existido, e a herança passa para os herdeiros do marido. Si nasceu com vida e falleceu momentos depois, adquirio a herança e a transmittio á mãi, como sua herdeira.

Cumpre que todos estes factos sejão verificados; são factos de importancia; porque conforme se realizão, varião as relações de direito.

Supponha-se que um legado é deixado ao filho de Maria. No momento da morte do testador Maria se declara gravida. Si o filho nasce vivo, tem direito ao legado; si nasce morto, accresce o legado aos herdeiros do testador. O mesmo tem logar no caso de doação ou de pertencer ao nascituro qualquer direito subordinado á condição do nascimento.

A curadoria, de que aqui se trata, foi instituida unicamente no interesse do nascituro, por ser este incapaz. Do facto do nascimento podem resultar direitos para terceiros; mas si o nascituro não é interessado, não ha logar a curadoria.

Supponha-se, por exemplo, que um legado é deixado a Pedro si Maria tiver um filho. Ao tempo da abertura da herança Maria se acha gravida. Não ha logar a curadoria do nascituro. Com quanto do seu nascimento resultem direitos, esses direitos não lhe pertencem; não é elle o interessado, mas Pedro, um terceiro.

E' como decide o art. 944.

Digitized by Google

Art. 945.—Constará a prenhez em juizo e haver-se-ha desde logo como reconhecida, pela simples declaração de qualquer das pessoas seguintes :

1.º—A mãi gravida;
2.º—Seu marido;
3.º—O juiz e o agente do ministerio publico;
4.º—Os interessados.

No direito romano todo o interessado no nascimento tem o direito de requerer o exame do ventre por meio de um processo vexatorio e indecente, como se vê em todo o titulo do Digesto *De inspiciendo ventre, custodiendoque partu.*

O art. 945 não exige prova alguma, ou exame, para declarar-se a gravidez, e nisso não vai inconveniente, porque é só questão de tempo, e qualquer declaração falsa a ninguem prejudica.

A mãi póde requerer a declaração da gravidez; e haver-se-ha como reconhecido, por exemplo, no caso de ter ficado viuva e dever pertencer ao nascituro a herança de seu pai.

O marido póde igualmente requerer, por exemplo, no caso em que ao nascituro pertença um legado si nascer vivo.

Em qualquer dos casos acima mencionados ao juiz cumpre decretar a curadoria, por que trata-se do interesse do nascituro, que por lei é considerado incapaz.

Finalmente tambem podem denunciar a gravidez os interessados, mas sómente no caso em que seus interesses estejão ligados aos interesses do nascituro ; por exemplo, os herdeiros do marido fallecido podem requerer a declaração da gravidez, porque si o nascituro nascer com vida caducaráõ seus direitos, e cumpre verificar-se o facto do nascimento.

Art. 946.—A curadoria tem por fim a verificação do nascimento, e administração provisoria dos bens por conta de quem devão pertencer.

E' duplo o fim desta curadoria.

A principal funcção do curador é verificar o nascimento, afim de que não haja suppressão ou substituição do parto, e se conheça si o filho nasceu vivo.

Digitized by Google

A mulher, por exemplo, no caso de ter de succeder ao filho, póde da-lo como nascido vivo, quando na realidade tenha nascido morto. Para ter o usufructo legal durante a minoridade póde fingir o nascimento de um filho pela substituição. Si para ella revertem direitos na falta do nascimento, póde supprimir o parto.

A lei romana autorisava o curador a exercer em taes casos uma vigilancia vexatoria, que nossos costumes actuaes e a civilisação não permittem.

O curador tem tambem de administrar os bens por conta de quem devão pertencer, visto ser ainda incerto seu proprietario.

Art. 947.—Decretada a curadoria, poderà a mulher gravida requerer os necessarios alimentos pelos bens administrados nos casos, em que elles são devidos.

A mulher gravida talvez precise de alimentos. A curadoria é instituida no interesse do nascituro, e de razão á custa dos bens, que lhe possão pertencer, deve a mãi ser alimentada.

Art. 948.—Cessarà a curadoria havendo o parto, ou antes deste, logo que termine o maximo tempo da prenhez, a contar-se do facto ou acto, que occasionou a mesma curadoria.

Havendo o parto, deve cessar a curadoria, visto ter sido esta deferida afim de verificar-se o nascimento. Dado o parto, ao pai ou á mãi compete o patrio poder sobre o filho, assume a administração dos bens deste, e necessariamente deve cessar a curadoria.

Cessa tambem a curadoria, antes do parto, tendo passado o maximo tempo da duração da prenhez a contar-se do acto ou facto, que occasionou a mesma curadoria.

O maximo tempo da prenhez é de 300 dias. Supponha-se que são passados 300 dias depois da morte do marido: por decisão da lei torna-se certo que a mulher não ficou gravida. Si houve parto depois de passados os 200 dias, o filho não pertence ao marido.

Digitized by Google

Assim no caso figurado cessa a curadoria e os herdeiros do marido podem pedir a sua herança.

Os 300 dias, diz o art. 948, contão-se do *facto* que occasionou a curadoria, isto é, no caso figurado contão-se da morte do marido.

Alguma cousa é doada ao nascituro que o doador já suppõe concebido: os 300 dias contão-se do *acto* da doação. Passados elles, verifica-se que não houve donatario ao tempo da doação, e por conseguinte não tem esta effeito.

Algum legado é deixado ao nascituro: os 300 dias contão-se do dia da morte do testador, que é quando se abre a herança; é o *facto* que occasionou a curadoria.

Art. 949.— Será curador a pessoa, que pelo juizo fôr nomeada, a qual será obrigada a prestar caução.

E' incerta a pessoa a quem devão pertencer os bens: decidirá o facto do nascimento. Si a curadoria é deferida no interesse do nascituro, parece que a mãi devia ser a curadora. Mas a curadoria tem tambem por fim verificar o nascimento, do qual dependem interesses de outras pessoas; portanto a mãi póde ser suspeita. Será fingida a gravidez, e dar-se-ha um parto supposto; nascerá o filho morto, e a mãi o dará como nascido vivo.

E' pela incerteza da pessoa, a quem devão pertencer os bens, que se não póde declarar a quem competirá a curadoria. Assim decide o art. 949 que o curador será a pessoa, que pelo juiz fôr nomeada.

Art. 950.— Havendo bens a administrar, os direitos e obrigações do curador serão os mesmos que os dos tutores quanto á administração dos bens dos tutelados.

Póde succeder que não haja bens a administrar, e só compitão ao nascituro direitos eventuaes. Em tal caso a unica funcção do curador é verificar o nascimento. Supponha-se ainda

Digitized by Google

que a propriedade de uma cousa usufruida é deixada ao nascituro. Este só terá direito á cousa, cessado o usufructo: não ha portanto bens sujeitos á administração.

No caso, porém, em que ha bens sujeitos á administração, como quando morre o marido deixando a mulher gravida, as obrigações do curador são as mesmas que as do tutor.

SECÇÃO III

DA CURADORIA DOS AUSENTES

SUB-SECÇÃO III

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 951.— Diz-se ausente todo aquelle, que houver desapparecido do logar de seu ultimo domicilio, e de sua ultima residencia, sem que delle se saiba parte.

A theoria da ausencia é considerada como uma das mais difficeis, que a lei tem de regular. Parece que o projecto a regulou de um modo claro, e prevenio todas as hypotheses, que pela legislação vigente fazem desta materia um labyrintho, como se expressão os autôres.

O direito romano não trata da ausencia. A gestão de negocios bastava para supprir a lei. Nos codigos modernos abundão as providencias sobre a ausencia. A nossa legislação é um cahos a respeito.

O ausente é considerado como incapaz, e em consequencia equiparado aos menores e interdictos. Aquelle que está fóra da séde de seus negocios, e impossibilitado, talvez, de dar noticias suas e de providenciar sobre seus bens, é incapaz da administração, como o menor e o interdicto, e cumpre que a lei providencie supprindo sua incapacidade com a curadoria de seus bens.

Digitized by Google

Se diz, e com razão, que a ausencia merece toda a consideração do legislador. A industria, o commercio, o amor das sciencias, estabelecêrão entre as nações cultas um quasi cosmopolitismo. Deve-se especial protecção aos que são levados a longas viagens, expondo a vida a bem das sciencias e da civilisação.

Ainda ha mais. A lei não se occupa com a curadoria dos ausentes só no interesse destes. A curadoria é de interesse publico. Os bens dos ausentes não devem ficar abandonados; não se deve deixar perder o resultado do trabalho e da industria, que concorrem para a reproducção da riqueza social. Ha ainda os credores do ausente que são interessados na conservação dos bens, e finalmente os herdeiros presumptivos que a lei chama por morte do ausente.

A palavra *ausente* tem aqui significação technica. Em linguagem ordinaria se diz ausente aquelle que está fóra de seu domicilio ou residencia. Aquelle que faz uma viagem é ausente em linguagem ordinaria.

Na linguagem juridica *ausente* tem outra significação; não significa o *não presente*.

O art. 951 do projecto define o ausente: é toda a pessoa que houver desapparecido de seu ultimo domicilio e de sua ultima residencia sem que della se saiba parte.

Absentes, de que se não póde saber onde são, nem si são mortos ou vivos, como se expressa a Ord. Liv. 1° tit. 90.

Assim, o que caracteriza a ausencia é a falta de noticias, é o não saber-se onde existe a pessoa, ou si é morta ou viva.

Um brazileiro póde-se achar na China, e não ser considerado ausente, sabendo-se em que logar se acha.

> Art. 952.—A' simples ausencia corresponde a curadoria dos bens do ausente;
> A' ausencia declarada corresponde a posse provisoria;
> A' ausensia definitiva corresponde a posse definitiva.

Providenciando sobre a curadoria do ausente, a lei tem principalmente por fundamento a incerteza da vida ou da morte

Digitized by Google

da pessoa ausente. Ora, a incerteza augmenta em proporção do tempo decorrido. Quanto mais tempo decorrer, mais cresce a probabilidade da morte. Por esta razão se regula a ausencia em tres épocas.

A primeira é a da *simples ausencia*, isto é, quando do ausente não ha noticias por tempo, que não exceda de seis annos; seus bens são administrados por um curador nos termos dos arts. 955 a 963. Por esta razão se diz no art. 952 que *á simples ausencia* corresponde a *curadoria dos bens do ausente*.

Depois de passados seis annos a contar-se do dia da ausencia, crescem as probabilidades da morte do ausente. O art. 964 o presume fallecido, e póde ser declarada sua ausencia.

E' a segunda época da ausencia, de que tratão os arts. 964 a 990, e tem logar a posse provisoria dos bens do ausente. Por isso diz o art. 952 que *á ausencia declarada* corresponde a *posse provisoria*.

Passados 15 annos a contar-se do dia presumptivo do fallecimento do ausente, ou tendo elle já completado 95 annos, ha quasi certeza de sua morte, e tem logar a ausencia definitiva, que é regulada pelos arts. 991 a 994. Por isso diz o art. 953 que *á ausencia definitiva* corresponde a *posse definitiva*.

> Art. 953.—E' competente para decretar a curadoria, a posse provisoria e a posse definitiva o juiz do domicilio do ausente.
>
> § 1.º—Si o ausente tiver mais de um domicilio, se tornará preventa a jurisdicção do juiz, que primeiro providenciar sobre a ausencia.
>
> § 2.º—Si o ausente não tiver domicilio certo, o juiz competente será o de sua ultima residencia.

O juiz do domicilio do ausente é o que melhor póde se informar dos factos da ausencia, do estado dos bens do ausente e dos seus negocios: portanto, deve ser o competente para providenciar sobre a curadoria, e em consequencia, como dependencia desta, sobre a posse provisoria e definitiva.

Póde o ausente ter mais de um domicilio (art. 125) e o juiz que primeiro tiver providenciado sobre a ausencia, por exemplo,

Digitized by Google

o que primeiro tiver dado curador aos bens, será o juiz competente para os mais actos.

O ausente póde não ter tido domicilio certo; nesse caso regula o juizo de sua ultima residencia. E' applicação do disposto no art. 123.

> Art. 954.—Para ter logar a posse provisoria, não é necessario que tenha havido a curadoria, nem, outrosim, para haver a posse definitiva é necessario que ella tenha sido precedida da posse provisoria.
>
> O tempo da ausencia e a falta de noticias determinão qual seja a providencia cabivel.

A curadoria tem logar no caso do art. 955. Póde, porém, acontecer que o juiz não tenha providenciado sobre a curadoria, e entretanto tenha decorrido tempo sufficiente para ser decretada a posse provisoria.

Decorridos mais de seis annos depois da ausencia, não ha mais necessidade de requerer-se a curadoria dos bens. Os interessados, de que trata o art. 969, podem requerer a posse provisoria, e receberão os bens do poder de quem quer que os tenha. Si houvesse curadoria, era do curador que se pedirião os bens.

E' a razão, por que o artigo 954 diz que para ter logar a posse provisoria não é necessario que tenha havido a curadoria.

Supponha-se que não foi requerida a posse provisoria, e, entretanto, são já passados 15 annos de ausencia, ou o ausente tem completado 95 annos: podem os interessados requerer a posse definitiva, embora não seja precedida da posse provisoria nem da curadoria, ou só não tenha sido precedida da posse provisoria, e tenha havido a curadoria.

Por isso conclue o art. 954 que o tempo da ausencia e falta de noticias determinão qual seja a providencia cabivel. Si, por exemplo, são só passados 10 annos de ausencia, não póde ser requerida a posse definitiva, mas sim, a provisoria; si do ausente não ha noticias por tempo de dous annos, só tem logar a curadoria, e não póde ser requerida a posse provisoria, e muito menos a definitiva.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO 2.ª

DA CURADORIA DOS BENS DO AUSENTE

Art. 955. — Si o ausente não tiver no logar do seu ultimo domicilio, ou de sua ultima residencia, representante voluntario ou legal, ou si os poderes do representante não fôrem sufficientes, o juiz, si fôr necessario, dará curador que represente o ausente e administre seus bens.

Paragrapho unico. — Outrosim, terá logar a disposição do artigo si o gestor de negocios do ausente não fôr idoneo.

Para ter logar a curadoria dos bens do ausente, é necessario que se verifiquem simultaneamente os seguintes requisitos :

1.° — Que elle seja ausente no sentido juridico da palavra ;

2.° — Que não tenha deixado no logar representante legal ou voluntario ;

3.° — Que haja necessidade da curadoria.

Si a pessoa que não se acha no seu domicilio, existe em logar certo e sabido, ou della se tem noticias, não tem cabimento a curadoria ; providenciará o juiz nos termos do art. 959. A curadoria é só decretada quando não é sabido o logar, em que existe o ausente.

Tambem não póde ser decretada a curadoria, si o ausente deixou no logar procurador para tratar de seus negocios e administrar seus bens. A curadoria é decretada com o fim da administração dos bens do ausente ; si já ha administrador dos bens, torna-se ella desnecessaria, porque é de presumir que ninguem administrará melhor os bens do ausente, que o administrador de sua confiança, aquelle que elle escolheu.

Si igualmente o procurador não tem poderes sufficientes, deve ser decretada a curadoria, salvo a arbitrio que o art. 956 confere ao juiz no caso de serem insufficientes os poderes.

Tratando-se do caso de declaração de ausencia, tenha ou não o ausente deixado procurador, póde ella ser decretada, como veremos no art. 964.

Digitized by Google

O art. 955 diz *representante voluntario ou legal*.

Representante voluntario é o mandatario ou procurador, de que já fallamos; representante legal é o pai, ou tutor por exemplo.

Si um filho menor ausenta-se e delle não ha noticias, não ha necessidade da curadoria; seu pai ou sua mãi, no exercicio do patrio poder, é o seu representante legal.

Si um menor tutelado, ou um interdicto ausenta-se, não ha ainda necessidade de curadoria; seu tutor é seu representante legal.

Si a mulher casada ausenta-se, tendo sido o casamento contrahido no regimen da communhão legal, não ha necessidade de curadoria; porque neste regimen o marido é em tudo o representante legal da mulher. Mas si o casamento é contrahido no regimen da separação de bens, e a mulher, por seu contrato matrimonial, se tiver reservado a administração de seus bens proprios, como lh'o permitte o art. 1946, é evidente que em tal caso ha logar a curadoria, porque seus bens ficarão sem administrador.

Outro requisito para ter logar a curadoria é si fôr ella necessaria.

Si o ausente não deixou bens no logar, não havendo o que administrar, não ha necessidade de curadoria, porque esta só se dá aos bens e não ás pessoas.

Si o ausente deixou predios arrendados por longo praso e com as rendas recebidas adiantadas, póde não ser necessaria a curadoria.

Si os bens do ausente são de natureza de não darem rendimentos, como joias e objectos preciosos, e elle os deixou depositados, póde tambem não haver necessidade da curadoria.

A *necessidade* é pois o que justifica a curadoria. Si não ha necessidade, é de grave inconveniencia collocar escusadamente um terceiro á frente da administração de bens alheios.

A gestão de negocios é um dos actos licitos permittidos

Digitized by Google

expressamente pela lei (art. 2310). Durante a ausencia de alguem, póde um amigo encarregar-se de seus negocios, como era frequente entre os romanos nos casos de ausencia, sem a intervenção da autoridade. Mas si da administração dos bens de um ausente se encarrega um gestor, que não é idoneo, não deve ser isso indifferente ao juiz; e, apezar da gestão, cumpre-lhe decretar a curadoria. Si, porém, o gestor é pessoa capaz e idonea, póde ser dispensada a curadoria, principalmente sendo de pouca importancia a administração.

E' como dispõe o § unico do art. 955.

> Art. 956.—Si os poderes do procurador do ausente não fôrem sufficientes, poderá o juiz conferir-lhe poderes, quanto bastem, para o exercicio da curadoria.

Isto quer dizer, e com razão, que um procurador insufficiente deve ter a preferencia para o exercicio do cargo de curador. Um procurador é pessoa de confiança do ausente. Si alguem ausenta-se e não dá noticias suas, tendo deixado no logar um procurador, é provavelmente porque confia na administração deste, e julga desnecessario mandar-lhe ordens, quando, quiçá, outros affazeres o preoccupão.

Póde, porém, sobrevir ao ausente algum negocio, de que seja preciso tratar, e para o qual sejão insufficientes os poderes da procuração, por ser um caso imprevisto. Nesse caso o juiz, em vez de decretar a curadoria, póde conferir ao procurador poderes sufficientes.

O juiz *póde* assim proceder, diz o art. 956, o que quer dizer que não é obrigado.

Si o ausente só deixou procurador para um negocio determinado, para, por exemplo, assignar uma escriptura, não é de presumir que seja elle idoneo para encarregar-se de uma administração de negocios complicados.

> Art. 957.—Não havendo curadoria, mas sendo o ausente interessado em alguma herança ou na acquisição ou conservação de algum direito, ser-lhe-ha nomeado um curador especial, que o represente.

Digitized by Google

A disposição deste artigo só tem logar quando não ha curadoria, porque, havendo, é o curador quem representa o ausente em todos os negocios supervenientes, quem tem de receber qualquer herança, que lhe sobrevier, ou exercer os actos conservatorios de seus direitos. O ausente deixou um credito, que precisa ser protestado, um titulo, que precisa ser registrado, ha uma prescripção que deve ser interrompida em seu favor: são actos de acquisição ou conservação, para os quaes bastará que lhe seja dado um curador especial, cujas funcções cessão praticado o acto.

Mas si ao ausente não curatelado sobrevier uma herança, póde ao juiz parecer conveniente, depois della recebida, deferir a curadoria, por que então ha bens, que devem ser administrados.

Art. 958.— Outrosim, não havendo curadoria, o ausente terá um curador especial, que o represente em qualquer acção ou procedimento judicial, depois de citado por edital.

Si o ausente tem curador, este o representa em juizo, ou seja autor ou réo. O curador é competente para propôr qualquer acção como o é o tutor dos menores e interdictos. Si ao ausente é proposta qualquer acção, o curador é autorisado a aceitar a demanda e a proseguir na acção.

Não havendo, porém, curadoria, e sendo necessario propôr-se qualquer acção ao ausente, será elle chamado por editaes, e se lhe dará curador especial.

Este é o direito vigente, como se verá em Pereira e Souza, e mais praxistas. A materia pertence mais propriamente ao processo civil.

Art. 959.— O juiz da situação dos bens providenciará sobre a conservação dos bens desamparados pertencentes áquelle, que não ausente no sentido do art. 941, se acha dentro ou fóra do Imperio, em logar certo, sem deixar representante voluntario ou legal, ou si não fôrem sufficientes os podêres do representante.

E' certo que o direito de propriedade comprehende o de

Digitized by Google

usar e abusar da cousa, que faz o seu objecto. Si o proprietario está presente no logar da situação dos bens desamparados, se entenderá que os abandonou: a lei nada tem que providenciar a respeito. Mas o proprietario não está presente, embora em parte sabida: sem que se conheça manifestamente ser outra sua vontade; é de presumir-se que os bens ficarão desamparados ou por descuido, negligencia, esquecimento, ou por qualquer outra causa, mas não por abandono. O abandono, como qualquer acto judicial, nunca se presume (art. 1290).

Que providencias deva dar o juiz, não o póde dizer a lei; é conforme os casos e as circumstancias. Poderá inventariar os bens e pôr em deposito, ou bastará communicar ao proprietario, o estado de desamparo, em que se achão seus bens. A providencia cabivel dependerá das circumstancias e qualidade dos bens.

Art. 960.—Incumbe ao juiz ordenar a curadoria e ao agente do ministerio publico requere-la; póde requere-la qualquer pessoa.

A curadoria é de interesse publico. Não convem á sociedade que fiquem desamparados capitaes, que devem ser applicados productivamente. Demais o ausente é equiparado ao menor e ao interdicto; como pessoa incapaz tem direito á protecção da lei. Portanto, á semelhança da tutela deve a curadoria ser decretada pelo juiz *ex-officio*, deve-a requerer o curador de orphãos, e póde qualquer pessoa, interessada ou não, requere-la.

Art. 961.—Na escolha do curador dará o juiz preferencia em primeiro logar ao conjuge, si o ausente fôr casado, e na falta delle, em igualdade de circumstancias, aos herdeiros presumidos, quer sejão legitimos ou instituidos em testamento publico, e na falta destes aos que maior interesse tenhão na conservação dos bens do ausente.

O conjuge presente é sem duvida o mais interessado na conservação e bôa administração dos bens, que são destinados para a sustentação dos encargos do matrimonio, e, portanto, a

Digitized by Google

elle deve em primeiro logar competir á curadoria pela ausencia do outro conjuge.

Si o casamento é contrahido no regimen da communhão de bens, sendo a mulher o conjuge ausente, póde ser desnecessaria a curadoria, porque ao marido compete a administração dos bens do casal, e ainda dos proprios da mulher. No regimen da separação de bens, si a mulher se tiver reservado a administração dos bens proprios, será necessaria a curadoria, passando para o marido a administração na qualidade de curador.

Si o ausente fôr o marido, como á mulher durante o matrimonio não compete a administração do casal, lhe será conferida a curadoria, como mais interessada. E demais é a mulher quem assume a qualidade de chefe da familia na falta do marido, quando, por exemplo, é julgada sua interdicção.

Na falta de conjuge é curador o herdeiro presumido. Herdeiro presumido é aquelle, que herdaria do ausente, si este fôsse fallecido. O ausente tem filhos legitimos ou perfilhados: são seus herdeiros presumidos, e dentre elles será escolhido o curador. Si o ausente deixar pai: é seu herdeiro presumido, na falta de descendentes; o pai será o curador. Si o ausente não tem ascendentes nem descendentes successiveis, o parente mais proximo, segundo a ordem da successão legitima, será o curador.

O ausente póde ter deixado um testamento cerrado, em que seja seu herdeiro um estranho com exclusão dos parentes.

Deveria ser curador esse estranho; mas o testamento cerrado é um acto secreto, só se torna conhecido depois da morte do testador.

A simples ausencia não autoriza a abrir-se o testamento do ausente. Sendo assim desconhecido esse herdeiro, a curadoria será deferida aos parentes successiveis.

O ausente deixou um testamento publico, o qual é feito no livro de notas do tabellião (art. 1612). Nesse testamento é um estranho nomeado seu herdeiro com preterição dos parentes. O testamento publico é um acto solemne, suas disposições não são

Digitized by Google

secretas, como no testamento cerrado. Esse herdeiro instituido no testamento publico é o herdeiro presumido, é já conhecido, e portanto deve ser o curador.

Se diz com razão que se deve dar sempre preferencia aos herdeiros presumidos na nomeação do curador do ausente, não só porque em regra são elles os mais interessados na conservação e administração dos bens, mas ainda porque ordinariamente reunem ao estimulo do interesse o sentimento da affeição para com o ausente, o que os torna mais solicitos na administração.

Na falta dos herdeiros presumidos, o art. 961 chama para a curadoria aquelle que mais interesse tiver na conservação dos bens do ausente.

Supponha-se que o ausente não tem herdeiro conhecido; mas seus bens elle os tem sómente em usufructo e por sua morte devem passar para Pedro. Pedro será curador por ser o mais interessado. O ausente tem credores : estes são interessados na conservação dos bens, e dentre elles deve ser escolhido o curador.

Art. 662.— Os direitos e obrigações do curador são os mesmos que os do tutor quanto á administração dos bens do tutelado, no que possa ser applicavel.

O curador portanto só tem poderes de administração, é obrigado a contas nos mesmos casos em que o tutor é obrigado a presta-las, e emquanto não se installa a posse provisoria.

Art. 963.— Termina a curadoria :

1.º— Cessando os motivos, que a determinárão ;

2.º— Pela comparencia do ausente, ou de procurador seu sufficiente ;

3.º— Pela certeza de sua morte ;

4.º— Pela installação da posse provisoria ou definitiva.

Deve cessar a curadoria cessando os motivos, que a determinárão.

Digitized by Google

A curadoria é determinada pela necessidade da administração dos bens do ausente. Supponha-se que taes bens perderão-se casualmente, ou fôrão vendidos para pagamento de credores: cessada a necessidade, deve cessar a curadoria.

Supponha-se que ha noticias da existencia do ausente em parte certa; cessa o motivo da curadoria, e deve esta cessar, salvo ao juiz o providenciar nos termos do art. 959, si assim fôr preciso.

Termina a curadoria pela comparencia do ausente ou de seu legitimo procurador.

E' isso de evidencia; quem se acha presente e não é incapaz não póde ser obrigado a aceitar administrador para seus bens. A curadoria é decretada não tendo o ausente deixado procurador. Logo, portanto, que o ausente mande procurador legitimo, deve cessar a curadoria.

Cessa ainda a curadoria pela certeza da morte do ausente; porque nesse caso os herdeiros entraráõ na posse de seus bens, e terminaráõ as funcções do curador, que os administrava.

Cessa finalmente a curadoria pela installação da posse provisoria ou definitiva.

Já vimos no art. 954 que para ter logar a posse definitiva não é necessario que tenha sido precedida da posse provisoria. Com razão, pois, diz o art. 963 que a curadoria cessa quer pela installação da posse provisoria, quer pela installação da definitiva.

A posse provisoria é installada nos termos do art. 964 e a definitiva nos termos do art. 990.

Supponha-se que a curadoria tem passado 15 annos, ou que o ausente completou 95 annos: não ha precisão da posse provisoria, e póde ser installada a definitiva. Mas si só decorrêrão seis annos, e o ausente não tem 95 annos, não póde ser installada a posse definitiva, mas sómente a provisoria.

Assim a curadoria cessa pela installação de qualquer das posses, conforme o tempo decorrido.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO III

DA POSSE PROVISORIA DOS BENS DO AUSENTE

Art. 964.— Presumir-se-ha o fallecimento pela ausencia de qualquer pessoa do logar de seu domicilio ou residencia no Imperio, tenha ou não tenha representante, sem que della se tenha noticia por espaço de seis annos consecutivos. Estes seis annos serão contados do primeiro dia de ausencia, si do ausente nunca se teve noticia, ou da data da ultima noticia.

Haja ou não curadoria, estejão ou não em administração os bens do ausente, tenha ou não deixado bens o ausente : em todo o caso póde haver interesse em declara-lo fallecido, porque póde haver direitos subordinados ao facto do fallecimento de qualquer pessoa.

No art. 964 se estabelece a regra geral da presumpção do fallecimento de qualquer pessoa, e no art. 972 se fixa qual seja o dia do fallecimento.

A lei nada póde regular nesta materia sinão por meio de presumpções, porque perde-se em um campo vasto de duvidas e de incertezas, e entretanto cumpre-lhe acautelar direitos importantes de pessoas, cujos interesses estão subordinados ao facto do fallecimento do ausente.

Si a lei nesta materia só regula-se por presumpções, é certo que estas cedem á prova em contrario (art. 324). Si a lei para attender a certos interesses presume que um individuo falleceu, por exemplo no dia 1° de Janeiro, a presumpção póde ser destruida com a prova certa de que seu fallecimento teve logar anterior ou posteriormente.

Si a ausencia de uma pessoa tem durado seis annos consecutivos, si durante todo esse tempo nunca se teve noticia della, a lei o presume fallecido. Estes seis annos são consecutivos. E' necessario que durante todo esse tempo não se tenha tido noticia do ausente; porque si, por exemplo, elle escreveu a alguem ou foi visto em alguma parte, interrompem-se os seis annos.

Digitized by Google

Estes seis annos contão-se do primeiro dia da ausencia, si do ausente nunca se teve noticia. Pedro desappareceu de seu domicilio no dia 1° de Janeiro, e nunca mais delle se teve noticia: é desse dia que se devem contar os seis annos. Mas si do ausente se teve noticia depois do seu desapparecimento, é do dia da noticia que se devem contar os seis annos. Assim Pedro desappareceu do seu domicilio no dia 1° de Janeiro de 1872, mas no dia 4 de Outubro de 1875 escreveu dando noticias suas: é desta ultima data que se contarão os seis annos.

Note-se que o art. 864 falla da *data da ultima noticia*. Fica assim resolvida a questão si o tempo deve ser contado do dia do recebimento da noticia. Pedro escreveu da China em 6 de Junho, e a carta foi recebida tres mezes depois em 6 de Setembro; é de seis de Junho que se deve contar o tempo, e não de 6 de Setembro; porque até o dia do recebimento da carta póde ter Pedro fallecido.

Ainda o artigo diz *tenha ou não representante*. Neste ponto differença a curadoria da posse provisoria. Não se póde decretar a curadoria, havendo representante do ausente; mas a posse provisoria póde ser installada ainda que o ausente tenha representante voluntario ou legal.

Nada obsta que o ausente tenha deixado procurador ou administrador de seus bens. Logo que delle não ha noticias por espaço de seis annos, é de presumir ter fallecido, porque ninguem descura por tanto tempo de seus negocios, ainda que tenha deixado um administrador, principalmente hoje, quando os progressos das sciencias e da civilisação tanto têm facilitado as communicações entre os povos, os mais longinquos. Quem deixa um procurador é natural indagar como vão geridos seus negocios, e si o ausente o não faz por tão largo tempo, deve-se presumir que é por ter fallecido.

Art. 965.—Justificado o caso do artigo antecedente poderão as partes interessadas requerer a declaração da ausencia, e a posse provisoria dos bens do ausente.

Digitized by Google

Ao juiz não é permittido deferir a posse provisoria sem uma justificação, porque deve declarar o dia da ausencia nos termos do art. 966. Quaes sejão os effeitos da declaração da ausencia e posse provisoria veremos nos arts. 973 e seguintes.

Art. 966.—Na mesma sentença, que julgar a justificação, declarará o juiz qual o primeiro dia da ausencia.

A declaração do primeiro dia da ausencia é de summa importancia para se conhecer o dia presumptivo do fallecimento nos termos do art. 972, e veremos depois como este dia é o regulador de todos os direitos. Ao julgar a justificação deve o juiz declarar o primeiro dia da ausencia.

Art. 967.—O primeiro dia da ausencia será o dia da sahida da pessoa do seu domicilio ou residencia, si della nunca se teve noticia; ou o da ultima noticia.

Pedro desappareceu de seu domicilio, ou residencia, no dia 1° de Janeiro; é este o primeiro dia de ausencia. Si a 3 de Maio escreveu dando noticias suas, o dia 3 de Maio será o primeiro dia de ausencia, e assim declarará o juiz em sua sentença.

Art. 968.—Si, por deficiencia de provas, não se puder declarar com certeza o primeiro dia de ausencia, o juiz declararà um dia approximado, conforme as circumstancias e provas dadas.

O juiz não é dispensado em caso algum de declarar o primeiro dia de ausencia, porque é 60 dias depois, a contar-se do primeiro dia da ausencia, que o art. 972 presume ter fallecido o ausente. Ora, é de grande importancia fixar-se este dia, como veremos depois.

Supponha-se que as testemunhas da justificação jurão, como é facillimo acontecer, que Pedro desappareceu de seu domicilio, no mez de Setembro de 1882, sem poderem determinar o dia certo. Como na deficiencia de prova fixar o primeiro dia de ausencia?

Escolherá, por exemplo, o dia 15, que é o meio do mez,

Digitized by Google

si não houver alguma outra razão para escolher outro dia do mez.

Supponhamos que as testemunhas jurão que Pedro ausentou-se no anno de 1882, sem poderem declarar o mez e o dia: o juiz marcará o meio do anno ou o 1° de Julho por primeiro dia de ausencia. Mas, si alguma testemunha jurar que no mez de Outubro Pedro foi visto no seu domicilio, será em algum dia deste mez que se fixará o primeiro dia de ausencia.

Pedro escreveu uma carta estando em Londres, que foi recebida no seu domicilio no dia 1° de Julho, mas esqueceu-se de data-la. Como poderá o juiz declarar o primeiro dia de ausencia, não estando a carta datada?

Levará em conta o tempo que a carta gastou até chegar ao seu destino.

Não ha, nem póde haver, regra certa a respeito, o juiz se guiará conforme as circumstancias; mas não poderá deixar de declarar o dia da ausencia.

Art. 969. — Os interessados, de que trata o art. 965, são todos aquelles que tenhão direitos subordinados ao facto do fallecimento do ausente.

Os interessados, a quem é permittido requerer a declaração de ausencia e posse provisoria, são os que têm direitos subordinados á condição da morte do ausente. São os declarados no art. 974, de que depois trataremos.

Art. 970. — Justificada a ausencia, será o ausente citado por edita com o prazo de seis mezes.

E' providencia util, que tem por fim salvaguardar os direitos do ausente. Ainda depois de justificada a ausencia têm de decorrer seis mezes, prazo do edital, até que os herdeiros entrem na posse dos bens do ausente. O edital chamando-o lhe proporcionará occasião de dar noticias suas e prevenir a posse provisoria, que incontestavelmente lhe é prejudicial. O facto torna-se publico e poderá chegar ao conhecimento do ausente.

Digitized by Google

Art. 971. — Passado o prazo do edital da citação, e, não comparecendo o ausente por si ou por procurador, será pelo juiz declarado o dia presumptivo de seu fallecimento.

Art. 972. — O dia presumptivo do fallecimento do ausente será o sexagésimo, a contar-se do primeiro dia de ausencia declarado pelo juiz.

Não parece arrazoado contar-se a morte do ausente do primeiro dia de ausencia, como fazem os codigos modernos. O primeiro dia de ausencia é o do desapparecimento do ausente ou de sua ultima noticia. Pedro sahio do seu domicilio no dia 2 de Março; suppõe-se que elle morreu nesse dia. Pedro no dia 4 de Abril escreveu uma carta, e depois não deu mais noticias suas por espaço de seis annos: suppõe-se que elle morreu no dia 4 de Abril.

Não é arrazoado, dissemos, suppôr que o ausente falleceu no momento em que se embarca, ou no momento em que dá noticias suas e diz que está vivo.

O art. 976 marca um prazo de 60 dias. Pedro tendo sahido do seu domicilio no dia 2 de Março, suppõe-se ter morrido no dia 2 de Maio. Pedro, que no dia 4 de Abril escreveu sua ultima carta, suppõ-se ter morrido no dia 4 de Junho.

Daqui se vê a necessidade da declaração, que deve fazer o juiz, do primeiro dia de ausencia, porque é 60 dias depois que se presume o fallecimento do ausente. Si o juiz em sua sentença declara 30 de Dezembro como primeiro dia de ausencia, será 28 de Fevereiro do anno seguinte o dia presumptivo do fallecimento do ausente.

Mais adiante veremos a importancia da determinação do dia presumptivo do fallecimento.

SUB-SECÇÃO IV

DOS EFFEITOS DA AUSENCIA DECLARADA

Art. 973.— Para todos os effeitos legaes, o dia presumptivo do fallecimento do ausente se reputará ser o dia, em que teve fim sua existencia, emquanto se não provar o contrario.

Digitized by Google

E' esta uma decisão fecunda em consequencias importantes.

Pedro ausentou-se do seu domicilio no dia 2 de Junho de 1872. Quatro annos depois, seja em Junho de 1876, fallece Paulo deixando-o por seu herdeiro. A herança é recebida pelo curador de Pedro.

Passão-se seis annos ou mais, e é declarada a ausencia de Pedro. O juiz, na fórma do art. 972, marca o dia presumptivo do fallecimento no 1º de Agosto de 1872.

Diz o art. 973 que para todos os effeitos legaes o dia presumptivo do fallecimento se reputará ser o dia em que teve fim a existencia do ausente. Logo Pedro se reputará ter fallecido no dia 1º de Agosto de 1872, e por consequencia já não existia no dia em que se abrio a herança de Paulo, que foi em Junho de 1876. Portanto a herança passará para os herdeiros de Paulo.

Veremos adiante outros effeitos, que resultão do dia presumptivo do fallecimento, o que mostra a necessidade de sua determinação; só a differença de um dia póde trazer serias consequencias.

O que se estabelece no art. 973 é apenas uma presumpção legal, necessaria, é verdade, para a determinação de direitos importantes, mas que cede á prova em contrario.

No exemplo figurado, se mostrar-se que Pedro falleceu depois da morte de Paulo, os herdeiros deste não poderão reclamar a herança.

Art. 974.— Considerão-se possuidores provisorios os herdeiros, e todos os mais, que adquirem direitos, ou recebem bens, em consequencia da declaração do dia presumptivo do fallecimento do ausente e taes são:

1.º— Os herdeiros presumptivos do ausente;

2.º— Os que tiverem direitos subordinados á condição da morte do ausente;

3.º— O conjuge do ausente;

4.º— Aquelles a quem revertem bens ou direitos, por terem sobrevindo ao ausente depois do dia presumptivo do fallecimento.

Digitized by Google

Este artigo é applicação do art. 973. O dia presumptivo do fallecimento é que determina todos os direitos dependentes da condição do fallecimento do ausente.

(O art. 974 devia vir depois do art. 975; porque é neste ultimo que se explica o que seja a posse provisoria, e como ella se abre).

Dizem-se possuidores provisorios os de que trata o art. 974, porque entrão na posse dos bens ou no exercicio dos direitos não como proprietarios, mas provisoriamente; só lhes pertencem os rendimentos dos bens, que restituirão ao ausente no caso de apparecer.

São possuidores provisorios em primeiro logar os herdeiros presumptivos do ausente.

O art. 976 define quaes sejão os herdeiros presumptivos, de que aqui se trata, e que por morte do ausente entrão na posse de seus bens.

São em primeiro logar os instituidos em testamento, que tiver deixado o ausente, qualquer que seja a especie do testamento. E' para se conhecerem esses herdeiros que o art. 975 manda que se abra o testamento que tiver deixado o ausente.

No exemplo figurado no artigo antecedente o dia presumptivo do fallecimento de Pedro foi fixado no 1° de Agosto de 1872; a declaração da ausencia é julgada em 1879.

Abre-se o testamento de Pedro, e nelle se encontrão instituidos herdeiros Primus, Secundus e Tertius.

O herdeiro instituido Primus já era fallecido antes do dia presumptivo do fallecimento de Pedro, antes do 1° de Agosto de 1872.

Secundus falleceu em 1873 e deixou herdeiros. Tertius ainda é vivo. Quaes são os possuidores provisorios?

Primus tendo fallecido antes do dia presumptivo do fallecimento de Pedro, a parte da herança, que devia pertencer-lhe, ficou caduca (art. 1712). Secundus tendo fallecido depois transmittio seus direitos aos herdeiros.

Digitized by Google

São, portanto, Tertius e os herdeiros de Secundus os que têm direito á posse provisoria dos bens de Pedro, accrescendo-lhes a parte de Primus.

Na falta de testamento são herdeiros presumptivos, continúa o art. 976, os que devião succeder ao ausente, segundo a ordem legal da successão, na data do dia presumptivo do fallecimento.

Pedro no dia 1° de Agosto de 1872 era casado, e não tinha ascendentes nem descendentes; sua mulher era sua herdeira presumptiva com exclusão dos irmãos (art. 1422). Em 1873 morre a mulher de Pedro, deixando um estranho por herdeiro. Em 1879 é declarada a ausencia de Pedro, e existem irmãos vivos.

O herdeiro presumptivo de Pedro será esse estranho, herdeiro de sua mulher, que não é seu parente, excluindo seus proprios irmãos.

São considerados possuidores provisorios, em segundo logar os que tiverem direitos subordinados á condição da morte do ausente.

Pedro é usufructuario de um predio, devendo por sua morte passar a propriedade para Paulo. Logo que seja installada a posse provisoria, Paulo póde pedir a entrega do predio, e é considerado possuidor provisorio.

Em terceiro logar é considerado possuidor provisorio o conjuge. Succede muitas vezes estipularem os conjuges em seus contratos matrimoniaes certas vantagens por morte de algum delles, sem que tenhão a natureza de pactos successivos, que são prohibidos; em tal caso o conjuge do ausente será considerado possuidor provisorio em relação ás vantagens estipuladas.

São, finalmente, considerados possuidores provisorios aquelles, a quem revertem bens e direitos por terem sobrevindo ao ausente depois do dia presumptivo do fallecimento. E' o que se acha explicado no art. 981, e de que já demos exemplo no art. 973.

Digitized by Google

Art. 975.—Declarado o dia presumptivo do fallecimento, o juiz procederá á abertura do testamento, que tenha deixado o ausente; a successão se julgará aberta em favor dos herdeiros presumptivos, e todos aquelles que tiverem direitos subordinados á condição da morte do ausente, poderão exigir que sejão admittidos ao exercicio provisorio desses direitos.

O dia presumptivo do fallecimento é determinado pelo juiz depois de findo o prazo do edital de que trata o art. 971. Declarado esse dia, si o ausente deixar testamento cerrado, é este aberto para se conhecer quaes são os herdeiros, que devem entrar na posse provisoria dos bens. A successão se julga então aberta, como si o ausente tivesse fallecido no dia presumptivo, e os herdeiros entrão na posse provisoria dos bens.

Tambem todos aquelles, que tiverem direitos subordinados á condição da morte do ausente, podem exigir que sejão admittidos ao exercicio desses direitos. Por exemplo, o ausente era herdeiro fiduciario (art. 1735); o herdeiro fideicommissario póde exigir a posse da herança. O ausente era usufructuario; o proprietario póde exigir a entrega da cousa usufruida.

Art. 976.—São herdeiros presumptivos os instituidos no testamento, que houver deixado o ausente, e, na falta de testamento, os que devião succeder-lhe segundo a ordem legal de successão na data do dia presumptivo do fallecimento.

Já se commentou este artigo no commentario do art. 974.

Art. 977.—Os bens do ausente serão entregues aos herdeiros e mais interessados, por inventario e partilha judicial conforme seus respectivos direitos.

Logo que é decretada a declaração da ausencia, suppõe-se que o ausente falleceu no dia presumptivo, e por conseguinte, seus bens devem ser inventariados e divididos pelos herdeiros, conforme os direitos successorios destes. Si o ausente deixou testamento a partilha se fará de conformidade com elle, e se cumprirão os legados e mais disposições testamentarias, como si o ausente fôsse realmente fallecido.

Digitized by Google

Supponha-se que foi deixado um legado a Pedro, e que este falléce depois do dia presumptivo do fallecimento do ausente: o legado é devido aos herdeiros de Pedro.

Deve-se fazer inventario para salvaguardar os direitos do ausente e poder elle receber os bens em qualquer tempo em que appareça.

Art. 978.—Todo o possuidor provisorio é obrigado a prestar caução, e o que o não fizer, não poderá receber os bens, a que tiver direito, os quaes continuarão sob a administração do curador, durante o tempo em que a caução é necessaria, e si não houver curador, o juiz procederá á sua nomeação para esse fim.

A propria expressão de posse provisoria indica a necessidade de uma caução, que deve ser prestada pelo possuidor; esta sómente cessa com a posse definitiva. Os possuidores provisorios são simples usufructuarios e obrigados a restituir os bens quando appareça o ausente, portanto é de rigor que prestem caução.

Si algum possuidor provisorio não prestar caução, os bens, a que tenha direito, não lhe serão entregues e continuarão em poder do curador.

Já vimos que póde ser deferida a posse provisoria sem ser precedida da curadoria. Si dér-se esse caso, e alguem que tenha direito á posse provisoria, não prestar caução, o juiz providenciará, nomeando um curador especial que tome conta dos bens.

As funcções, porém, do curador em qualquer dos casos mencionados, cessão si fôr passado o tempo em que a caução é necessaria, e os bens serão entregues a quem aos mesmos tenha direito. A caução é só necessaria emquanto dura a posse provisoria, e installada a posse definitiva, cessa a obrigação de presta-la.

Portanto os interessados, cujos bens ficárão em poder do curador por falta de caução, os recebem livremente logo que se installe a posse definitiva.

Art. 979.—Si a caução prestada se tornar insufficiente, o possuidor provisorio, que a houver prestado, será obrigado a reforça-la, e si o não fizer se procederá na fórma do artigo antecedente.

Digitized by Google

Tem por fim salvaguardar os direitos do ausente. O possuidor provisorio póde ter dado como caução a hypotheca de um predio ou uma fiança. Si perder-se o predio ou tornar-se insolvente o fiador, é elle obrigado a dar outra caução ou reforçar a prestada. Não o fazendo, os bens, de que estava de posse, lhe serão tomados e entregues ao curador nos termos do art. 978.

Art. 980. — Incumbe ao juiz ordenar o reforço da caução, e ao agente do ministerio publico requere-la; tambem póde requere-la qualquer pessoa.

A conservação dos bens do ausente, afim de lhe serem entregues, quando appareça, é de ordem publica; porque aos ausentes, como pessoas incapazes, é devida a protecção da lei. E', portanto, obrigação do juiz providenciar sobre todas as seguranças que fôrem necessarias para que o ausente não soffra prejuizo; é seu dever obrigar o possuidor a reforçar a fiança, quando esta se torne insufficiente.

E ainda pela mesma razão qualquer pessoa póde requerer as providencias que fôrem necessarias, e a isso é obrigado o curador de orphãos.

Art. 981.—Os bens e direitos, que sobrevierão ao ausente, depois do dia presumptivo do fallecimento, e que sejão dependentes da condição de sua existencia, passão a quem deverião pertencer, si o ausente fôsse realmente fallecido nesse dia.

Já no commentario do art. 973 apresentámos um exemplo.

Supponha-se uma renda vitalicia instituida sobre a vida de um ausente, e em seu favor. Se julgará extincta no dia presumptivo do fallecimento, e tudo o que tiver sido recebido posteriormente será restituido ao devedor ou a quem deva pertencer.

Se presume morto o ausente na data do dia presumptivo, o morto não é capaz de adquirir direitos; portanto, os bens e direitos que sobrevierão ao ausente depois desse dia, passão a quem devão pertencer.

Trata-se de bens e direitos dependentes da condição da

Digitized by Google

existencia do ausente; porque si a acquisição de taes bens ou direitos não dependem dessa condição, passarão aos herdeiros do ausente.

Supponha-se Pedro ausente, proprietario de um predio, do qual pertence o usufructo vitalicio a Paulo. A morte do proprietario não extingue o usufructo (art. 1127).

Morre Paulo depois do dia presumptivo do fallecimento de Pedro, extingue-se o usufructo, e a cousa usufruida passa para os herdeiros de Pedro.

Verdadeiramente os bens que advêm ao ausente depois do dia presumptivo do fallecimento sem a condição de sua existencia, já lhe pertencião em rigor de direito antes desse dia.

Art. 982. — Si o ausente fôr casado proceder-se-ha a inventario e partilha ou separação de bens, conforme o regimen do casamento.

Com a declaração da ausencia presume-se fallecido o conjuge ausente, e seus herdeiros terão direito de pedir partilhas ao conjuge presente. O inventario é necessario, porque só por elle podem os possuidores provisorios receber os bens.

Está entendido que o inventario não comprehende os bens proprios do conjuge presente.

Art. 983. — O conjuge presente póde dispôr livremente de seus bens, feito o inventario, partilha ou separação delles. Quanto aos bens e direitos que lhe sobrevierão, por estar sua acquisição subordinada á condição de morte do conjuge ausente, será considerado como possuidor provisorio.

E' consequencia da ficção legal da presumpção da morte do conjuge ausente. Feita a partilha, o conjuge presente recebe como proprios os bens que lhe cabem, e não os recebe como possuidor provisorio. E' como si o casamento se dissolvesse. E, por conseguinte, o conjuge presente póde dispôr livremente de taes bens.

Mas accrescenta o artigo que o conjuge presente será considerado como possuidor provisorio dos bens que lhe sobrevierão,

Digitized by Google

por estar sua acquisição dependendo da condição da morte do conjuge ausente.

Supponha-se que ao conjuge ausente não ficárão ascendentes nem descendentes, e tem a successão de ser deferida aos herdeiros *ab-intestado*; e seu herdeiro legitimo o conjuge presente (art. 1422) com preterição de todos os collateraes.

A acquisição da herança do conjuge ausente estava dependente da condição da sua morte, e por conseguinte, quanto aos bens herdados, o conjuge presente será considerado possuidor provisorio, e desses bens não poderá dispôr emquanto não cessar a posse provisoria, e ainda mais, será obrigado a prestar caução.

Art. 984. — Regressando o conjuge ausente, em qualquer tempo, continuará a sociedade conjugal nos termos, em que tiver sido constituida.

Em todo o tempo, em que regresse o conjuge ausente, a sociedade conjugal, si foi contrahida no regimen da communhão de bens, ou da separação ou dotal, continuará no mesmo regimen.

As convenções matrimoniaes expressas ou tacitas não podem ser alteradas depois da celebração do matrimonio.

Art. 985. — Os direitos e obrigações dos possuidores provisorios serão os mesmos que os dos usufructuarios, em relação aos bens do usufructo.

Paragrapho unico. — Os bens moveis, porém, susceptiveis de extincção ou de deterioração, serão vendidos, e o seu producto empregado conforme ao juiz parecer mais seguro.

Os possuidores provisorios não são proprietarios dos bens do ausente. Só os recebem debaixo da presumpção da morte daquelle; presumpção, é certo, bem fundada, porque por tão largo tempo, e com as facilidades de communicação que ha actualmente, ninguem deixa de dar noticias suas e de providenciar sobre seus bens.

Mas, emfim, é uma simples presumpção, e toda presumpção

Digitized by Google

cede á prova em contrario. O ausente, apezar de tão largo tempo, póde apparecer.

Houve motivos que lhe não permittirão dar noticias suas: é um naufrago largado em ilha deserta; é um intrepido explorador perdido em paizes inhospitos; é um dedicado ás sciencias em busca de logares desconhecidos; é um prisioneiro de guerra tornado incommunicavel: e assim outros casos.

A todo o tempo póde voltar o ausente, e não é justo que perca seus bens. Por essa razão aos possuidores provisorios só se concede o usufructo dos bens do ausente, como justa indemnização pelo trabalho da conservação. Demais os possuidores provisorios recebendo os bens a titulo de proprietarios, pela presumpção da morte do ausente, devem ser considerados como possuidores de bôa fé, e por conseguinte não são obrigados a restituir os fructos.

Não é, porém, o possuidor provisorio propriamente um usufructuario. O art. 1081 permitte ao usufructuario usar das cousas susceptiveis de se deteriorem pelo uso ordinario e normal, que della se faça, e depois restitui-las no estado em que se acharem. Aquelle que institue o usufructo deve conhecer este direito do usufructuario, deve saber que si este recebe mobilia, por exemplo, em usufructo, ha de afinal entrega-la já estragada, talvez posta fóra de uso. Mas os bens do ausente são entregues aos possuidores provisorios, sem que disso tenha elle conhecimento; não é por sua vontade, mas por conveniencias de ordem publica.

O ausente é um incapaz, a quem a lei deve toda protecção. Si seus bens podem ser deteriorados, não devem ser confiados a quem a elles só tem direito por uma ficção, por presumir-se a sua morte.

Taes bens são entregues para serem conservados e administrados na esperança dos possuidores um dia serem proprietarios.

Com razão, portanto, o art. 985 manda que os bens moveis do ausente, susceptiveis de deterioração, ou de extincção, sejão

Digitized by Google

vendidos, e o seu producto applicado, como ao juiz parecer mais seguro.

Não se estabelecem regras sobre o modo como tal producto deve ser applicado; fica isso ao prudente arbitrio do juiz, que o emprestará ao governo, ou depositará, como julgar mais conveniente.

Está entendido que os rendimentos de tal producto pertencem aos possuidores provisorios.

SUB-SECÇÃO V

DO TERMO DA POSSE PROVISORIA

Art. 986.— A posse provisoria termina:

1.º— Pelo lapso de 15 annos, a contar-se da data do dia presumptivo do fallecimento;

2.º— Contando o ausente 95 annos de idade;

3.º— Pela volta do ausente;

4.º— Pela certeza de sua existencia;

5.º— Pela certeza de sua morte.

Enumera o artigo cinco casos, em que termina a posse provisoria, e para cada um delles nos artigos seguintes estabelece providencias especiaes.

Logo que sejão passados quinze annos a contar-se do dia presumptivo do fallecimento, chega ao mais alto gráo a presumpção da morte do ausente. Tem igual força a presumpção si o ausente completa a idade de 95 annos; é esta a idade mais elevada a que ordinariamente chega o homem.

Voltando o ausente, havendo certeza de sua morte ou de sua existencia, cessa a razão pela qual foi installada a posse provisoria, e deva ella terminar.

Vejamos nos artigos seguintes as consequencias desses estados diversos de cousas.

Digitized by Google

Art. 987.—Nos casos dos numeros 4º e 5º os possuidores provisorios entregarão os bens que recebêrão, e deixarão de exercer os direitos que exercião, em consequencia da declaração do dia presumptivo do fallecimento.

Já dissemos que os possuidores provisorios recebem os bens do ausente pela presumpção da morte deste. Toda presumpção cede á prova em contrario. Logo que volta o ausente ou se tem noticia de sua existencia, cessa a presumpção e por conseguinte deve cessar a posse provisoria, e os possuidores entregarão os bens ao proprio ausente, si este comparece ou manda procurador, ou ao curador, caso se tenha installado a curadoria, como se dirá no art. 988.

Sendo os possuidores provisorios meros usufructuarios, a entrega dos bens será regulada pela mesma fórma como é a da cousa usufruida, e se applicarão as disposições dos arts. 1070 e seguintes e 552 e seguintes. Assim é, por exemplo, o possuidor provisorio obrigado á indemnização no caso dos bens por sua falta se terem deteriorado ou perdido (art. 557).

Art. 988.—No caso do numero 4º do art. 976, se installará a curadoria, si assim fôr necessario.

Se diz ausente aquelle, de quem se não tem noticia, havendo desapparecido do seu ultimo domicilio ou residencia; é esta falta de noticias que autoriza as providencias, que dá a lei em relação á ausencia.

Ainda não são decorridos 15 annos e chega a noticia de que Paulo ausente vive em logar certo, ou ainda existe; cessa a presumpção da morte, já não ha mais razão para continuar a posse provisoria, e outras providencias deve dar o juiz, afim de pôr em segurança os bens daquelle, que se sabe não ser morto.

Seus bens se achão na posse dos herdeiros presumidos, ou de quaesquer outros possuidores provisorios. Estes os estão usufruindo, fazendo seus os rendimentos em prejuizo do proprietario. Cumpre que cesse este estado de cousas.

Digitized by Google

A providencia que manda dar o art. 988 é a installação da curadoria lembrada pelo art. 955. Os bens serão tomados dos possuidores provisorios e entregues a um curador, que os administrará por conta do proprietario, e prestará conta dos rendimentos.

Diz o artigo que se installará a curadoria, si assim fôr necessario. Supponha-se que o possuidor provisorio dos bens da ausente Maria, casada no regimen do communhão legal, é seu marido na qualidade de herdeiro; não ha necessidade de installar-se a curadoria; porque o marido, como administrador dos bens do casal, não póde ser privado da administração, e nella continuará em virtude da lei.

Com a certeza da existencia do ausente interrompe-se a ausencia. Supponha-se, porém, que depois passão-se seis annos de ausencia sem que do ausente se tenha mais noticia. E' o caso de applicar-se de novo o disposto no art. 964; presume-se o fallecimento, e decreta-se pela segunda vez a posse provisoria.

Art. 989.— No caso do numero 5º do referido artigo, o dia do fallecimento certo regulará os direitos dependentes da condição do ausente, cessando os direitos regulados pelo dia do fallecimento presumido.

Pedro foi declarado ausente e marcado o 1º de Janeiro como o dia presumptivo do seu fallecimento; ha uma só presumpção de sua morte nesse dia. Paulo, que era seu herdeiro presumido no dia 1º de Janeiro, entrou na posse provisoria de seus bens.

Verifica-se, porém, posteriormente que Pedro falleceu no dia 4 de Junho de 1876. Si neste dia Paulo ainda era herdeiro de Pedro, á posse provisoria daquelle se converte em propriedade.

Póde, porém, acontecer que em 4 de Junho de 1876 outro seja o herdeiro de Pedro. Paulo em 1872 herdava de Pedro por ser seu parente mais proximo; mas em 1876 sobreveio a Pedro algum parente que exclue aquelle.

Pedro terá fallecido com testamento; Paulo entregará os bens ao herdeiro testamentario.

Digitized by Google

Pedro póde ter deixado um filho, a quem os possuidores provisorios entregarão os bens.

E' a razão por que havendo certeza da morte do ausente cessa a presumpção legal, e o dia certo do fallecimento regula os direitos dependentes da condição da morte do ausente.

Art. 990.— Nos casos dos numeros 1º e 2º terá logar a installação da posse definitiva, cessão as cauções prestadas pelos possuidores provisorios, e poderão elles dispôr dos bens do ausente, como si fôssem seus.

Si decorrêrão 15 annos a contar-se do dia presumptivo do fallecimento, ou si o ausente completou 95 annos, ha uma forte presumpção do fallecimento. E' de ordem publica que a propriedade não permaneça incerta por muito tempo; os bens devem estar no commercio.

Manda assim nesse caso o art. 990 que cessem as cauções, e aos possuidores provisorios é permittido dispôr livremente dos bens, como si fôssem proprios.

Então installa-se a posse definitiva, de que vão tratar os artigos seguintes.

SUB-SECÇÃO VI

DA POSSE DEFINITIVA

Art. 991.— A posse definitiva installada pelo artigo antecedente termina:

1.º— Pela certeza da existencia do ausente;

2.º— Pela certeza da sua morte;

3.º— Pela sua volta.

Por forte que seja a presumpção estabelecida no artigo antecedente, póde ceder á prova em contrario. Apezar da ausencia, de 15 annos, póde comparecer o ausente ou dar noticias suas. Apezar de já contar 95 annos, póde ainda ser vivo. Assim termina a posse definitiva nos tres casos mencionados no art. 991.

Digitized by Google

Vejamos nos artigos seguintes quaes as consequencias conforme a diversidade dos casos.

Art. 992.— No caso do numero 1º do artigo antecedente tem applicação o disposto no art. 988.

No caso do numero 2º tem applicação o disposto no art. 989.

Si terminar a posse definitiva pela certeza da existencia do ausente, se installará a curadoria, si assim fôr necessario, e tem applicação o que dissemos sobre o art. 988.

Si terminar a posse definitiva pela certeza da morte do ausente, o dia do fallecimento certo regula os direitos dependentes da condição do mesmo, e cessão os direitos regulados pelo dia do fallecimento presumido. Tem applicação o que dissemos sobre o art. 989.

Art. 993.— Cessada a posse definitiva, na fórma do art. 991, os possuidores definitivos só serão obrigados a entregar os bens, que existirem, no estado em que se acharem, os subrogados em seu logar, o preço ainda existente dos alienados, ou os bens havidos com o mesmo preço.

Em qualquer dos casos, por que cesse a posse definitiva, ou pela certeza da existencia do ausente, ou por sua volta, ou por sua morte, os possuidores definitivos só são obrigados a entregar os bens existeutes, e no estado em que se acharem. O art. 910 os autoriza a dispôr dos bens, como si fôssem proprios. O interessse do ausente devia ceder ao interesse publico, que não permitte que o direito de propriedade esteja por muito tempo incerto e duvidoso.

Si os possuidores estragárão ou deteriorárão os bens, ainda que por sua falta, devem elles ser entregues no estado em que se acharem; assim procederão como si fôssem proprietarios. Si os consumirão ou destruirão, nada entregarão.

A propriedade não podia ficar por largo tempo na incerteza. De si se queixe o ausente, si durante 15 annos não deu noticia sua, nem providenciou sobre seus bens; tal silencio não se póde

Digitized by Google

reputar absolutamente involuntario. A tanto não estenderá a lei a sua protecção; aos remissos e negligentes se não permittirá que reclamem uma protecção contraria aos interesses sociaes.

Si os possuidores definitivos vendêrão os bens e consumirão o preço, não são responsaveis por elle; mas si o preço ainda existe em poder delles, é de justiça que seja entregue ao ausente no caso de volta, ou aos seus herdeiros no caso de morte, si não fôrem herdeiros os possuidores definitivos.

Si o preço tiver sido applicado na acquisição de algum outro bem, é pela mesma fórma de justiça que esse bem seja restituido, porque representa o preço, como si este ainda existisse.

Si o possuidor definitivo tiver trocado um predio por outro, este deve ser restituido como bem subrogado.

Estas regras são fundadas no principio de razão e equidade, que ninguem se deve locupletar com o prejuizo alheio. Si a lei, por considerações de ordem publica, permitte que os possuidores definitivos disponhão livremente, como si fôssem seus, dos bens do ausente, não deve tambem consentir que elles se neguem a entregar bens, que sabe não lhes pertencerem; não deve permittir que o verdadeiro proprietario viva na pobreza, vendo outros na opulencia desfructarem seus bens, e delles disporem como si fôssem proprios.

Art. 994.— Os direitos dos ausentes não prescrevem em tempo algum, em favor dos possuidores provisorios ou definitivos.

Quer os possuidores provisorios, quer os definitivos, possuem em nome do ausente, e não como verdadeiros proprietarios, logo nos termos do art. 1343 não podem em tempo algum prescrever os bens contra o ausente.

Digitized by Google

LIVRO II

Das cousas em particular

TITULO 1.

DA PROPRIEDADE

CAPITULO I

Disposições geraes

Art. 995.—Propriedade é o direito de gozar e dispôr livremente de uma cousa, com exclusão de qualquer outra pessoa.

Não se tratará aqui de indagar si a propriedade é de direito natural, ou instituição da lei civil, de questões de socialismo communismo, etc. São questões, que não pertencem ao direito civil. Este acha a propriedade já constituida, e só procura regula-la.

Na definição do art. 995 está entendido só o direito, e não o objecto da propriedade; muitas vezes se toma por propriedade o objecto do direito.

Tres são os elementos, que constituem a propriedade, ou antes o direito de propriedade: 1°,—o direito de gozar da cousa; 2°,—o direito de dispôr da mesma; 3°,—o direito de excluir qualquer pessoa.

O art. 996 irá explicar, com o necessario desenvolvimento, em que consistem esses tres direitos que constituem a propriedade.

A palavra *gozar*, de que usa o art. 995, é tomada no sentido mais lato. Gozar é perceber todos os rendimentos, todas as vantagens, tudo o que póde produzir a cousa, objecto da propriedade. O projecto não reconhece differença entre usar e gozar. Veremos adiante que não se faz distincção entre uso, habitação e usufructo. O gozo da cousa, quando separado da propriedade,

Digitized by Google

póde sim ser limitado, mas essa limitação só é constituida ou pela natureza da cousa, ou pelo titulo que dá o direito.

Art. 996.—Compete ao proprietario:
1.º—O direito de conservar a cousa, sob sua detenção;
2.º—O direito a todos os seus fructos;
3.º—O direito de transforma-la, e ainda de destrui-la;
4.º—O direito de exclusão e de defesa;
5.º—O direito de have-la do poder de quem a detenha illegalmente;
6.º — O direito de restituição e de indemnização pelo damno causado;
7.º — O direito de dispôr da cousa em todo ou em parte, e de grava-la com quaesquer onus.

A disposição deste artigo não é mais que a explicação necessaria ou desenvolvimento da definição da propriedade dada no art. 995.

A propriedade é o direito de gozar da cousa, e por conseguinte é o direito a todos os seus fructos, ou estes sejão naturaes ou civis. Tudo o que póde a cousa produzir pertence ao proprietario; não ha limitação. Si o proprietario arrenda o seu predio, percebe os fructos civis; si cultiva seu terreno, percebe os fructos naturaes.

Do direito de dispôr do objecto da propriedade nasce o direito de transforma-lo, e ainda de destrui-lo. Dispôr de uma cousa é fazer della o que se queira.

Dispôr de uma cousa quer dizer ainda aliena-la em todo ou em parte, ou por acto entre vivos ou por disposição de ultima vontade. Si a disposição é sómente em parte, e não na sua totalidade, temos o desmembramento da propriedade. O proprietario transfere o dominio util, conservando o directo; a propriedade se desmembra.

O proprietario póde abandonar a cousa, objecto da propriedade; este se torna *res nullius*, e póde ser apropriado por qualquer pessoa.

Do direito de dispôr da cousa ainda resulta o direito de

Digitized by Google

transforma-la, de mudar a sua fórma e substancia, de consumi-la, e ainda de destrui-la; é o que se chama *jus abutendi*.

O proprietario póde deixar suas terras incultas; é certamente abusar. Póde lançar fóra o seu dinheiro, e, o que é ainda peior, perde-lo no jogo, dissipar sua fortuna em devassidões: está no seu direito.

Como o proprietario póde dispôr de sua cousa e transferir o seu direito, ainda com mais razão lhe é permittido grava-la com quaesquer onus.

Do direito de exclusão nascem outros direitos exemplificados no art. 996.

Póde o proprietario conservar a cousa debaixo de sua detenção e recuperar a posse, quando nella perturbado por meio dos interdictos possessorios. Si perdeu a posse, tem direito de rehave-la pela reivindicação.

Art. 997.— O direito de propriedade, e cada um dos direitos especiaes, de que trata o artigo antecedente, só póde ser limitado pela vontade do proprietario ou disposição da lei, si outra cousa não constar do titulo constitutivo da propriedade.

E' consequencia da definição da propriedade. A ninguem é licito impedir o proprietario no gozo do seu direito. Este direito só será limitado em casos excepcionaes; pela vontade do proprietario, por exemplo, quando elle cede a outrem o usufructo da cousa que lhe pertenee, ou quando consente na constituição de uma servidão.

Ha tambem limitações legaes. Assim as servidões de que tratão os arts. 1159 e seguintes são limitações da propriedade impostas pela lei, independente da vontade do proprietario.

O testador que tem herdeiros legitimarios só póde dispôr da terça parte de seus bens, as outras duas terças pertencem áquelles; é outra limitação legal do direito de propriedade.

O direito que tem o estado de desapropriar por utilidade publica, é outra limitação legal.

Tambem o direito de propriedade póde se achar limitado

Digitized by Google

pelo titulo constitutivo, como quando alguem adquire a cousa já onerada com alguma servidão ou qualquer outro onus real; como quando a acquisição é só do dominio util ou só do directo. Por exemplo ainda, quando o testador deixa o usufructo a alguem e a propriedade a outra pessoa, ou institue um fideicommisso.

Art. 998.— Quando ao proprietario competem todos os direitos especiaes, mencionados no art. 996, a propriedade se diz perfeita; quando um ou mais delles pertencem a outra ou outras pessoas, a propriedade se diz imperfeita.

Muitas vezes os direitos mencionados no art. 996 são exercidos por pessoas diversas, ou ao menos restrictos por direitos, que outrem exerce sobre a mesma cousa, nesse caso a propriedade se diz imperfeita. Por exemplo, o usufructuario tem direito aos fructos da cousa com exclusão do proprietario; a propriedade neste caso é imperfeita, tanto em relação ao proprietario, como em relação ao usufructuario. Supponha-se, porém, que se extingue o usufructo; a propriedade torna-se perfeita.

A propriedade, quando não é perfeita, se diz desmembrada.

O desmembramento da propriedade é contrario ao interesse publico; todos os direitos que a constituem devem se achar reunidos na mesma pessoa, afim de que o proprietario possa della dispôr livremente. Todo o acto, que põe a cousa fóra do commercio, é prejudicial aos interesses da sociedade, como contrario á livre circulação das riquezas accumuladas.

Art. 999.— Não havendo convenção ou declaração de lei em contrario, todo aquelle que tem a fruição gratuita da cousa alheia, deve pagar seus encargos; si tem a fruição a titulo oneroso, os encargos são pagos pelo proprietario.

Quando a fruição de uma cousa é concedida a titulo oneroso, o proprietario propriamente não perde o seu gozo; porque recebe a retribuição pelo uso, que cede á outra pessoa; percebe os fructos civis (art. 191). Aquelle, que arrenda um predio,

Digitized by Google

conserva não só a sua propriedade, como a posse e o gozo; o arrendatario só possue em seu nome; o proprietario goza, porque recebe a renda.

E' portanto de razão que o proprietario pague os impostos lançados sobre a cousa.

Aquelle que tem a fruição gratuita da cousa alheia, é quem deve pagar os impostos. Estes de ordinario são lançados sobre a propriedade na razão da utilidade que esta presta, isto é, na razão dos rendimentos, e assim deve ser.

Si em vez do arrendamento figurado, temos o emprestimo de um predio, contrato gratuito, o commodatario tem a fruição sem pagar renda. O proprietario não percebe os fructos civis, e é de razão, que tambem não seja obrigado a pagar os impostos.

Isto se entende não havendo contrato ou disposição de lei em contrario; porque então se observará o que fôr convencionado ou determinado pela lei.

Art. 1000.— A propriedade absoluta é a que, pelo titulo de sua constituição, não póde ser revogada, sinão por consentimento do proprietario; a propriedade resoluvel é a que, pelo titulo de sua constituição, está sujeita a ser revogada, independente da vontade do proprietario.

A propriedade é resoluvel quando, por exemplo, conferida sob condição resolutoria expressa ou tacita. A venda feita com o pacto da remissão póde ser desfeita (art. 2062), e a cousa vendida voltará para o poder do vendedor, como si venda alguma tivesse havido.

A doação póde considerar-se sempre feita sob a condição resolutoria de ser grato o donatario; e si este não é grato, póde ser revogada a doação (art. 1387).

Nestes casos a propriedade se diz resoluvel.

Art. 1001.— A propriedade se presume sempre perfeita e absoluta.

Digitized by Google

A resolução e a limitação da propriedade são factos, e os factos se não presumem; portanto a propriedade deve-se sempre presumir perfeita e absoluta.

Art. 1002.— Salvas as excepções legaes, toda a disposição de testamento, ou convenção, que declare a propriedade inalienavel por tempo indeterminado, ou que exceda a 30 annos, só valerá até este termo.

O codigo da Hollanda dispõe no art. 931: « E' nulla a disposição testamentaria, que declara inalienavel uma herança ou legado. »

O art. 1002 em parte restringe, em parte amplia a decisão do codigo hollandez.

Póde um testador ter bôas razões para prohibir que a propriedade, que lega, seja alienada. Terá pezar de vêr sahir de certa familia ou da sua um objecto a que tem affeição. Talvez prohiba a alienação conhecendo os habitos de prodigalidade do legatario. Será talvez conveniente que certos bens se não separem, e que continuem a pertencer a pessoa determinada.

Mas por outro lado a prohibição absoluta de alienação, é contraria á liberdade da propriedade. A livre disposição dos bens é principio de ordem e interesse publico. Cumpre que a propriedade gyre no commercio passando successivamente para a posse de diversos proprietarios. De que servirá um predio nas mãos daquelle, que não sabe tirar proveito? E' uma riqueza, que se não reproduz; um elemento atrophiado, que não dá vida á sociedade. Não convem que, terrenos fiquem incultos, e riquezas improductivas. E' esse gyro e transmissão dos bens de proprietario a proprietario o principal elemento de reproducção. De todos os desmembramentos da propriedade é este o mais prejudicial e o mais contrario aos interesses da sociedade.

O art. 1002 concilia o direito do proprietario, de impôr condições nas suas disposições ou convenções, com o interesse publico. O proprietario póde declarar inalienavel a propriedade, mas não por tempo que exceda de 30 annos, ou de um modo

Digitized by Google

absoluto. Si determinar que a propriedade seja perpetuamente inalienavel, cessa a inalienabilidade passados 30 annos.

Tudo isto se entende, diz o artigo, salvas as excepções legaes. E' assim que os immoveis dotaes podem ser declarados inalienaveis durante todo o tempo do matrimonio (art. 2010).

Art. 1003.— A propriedade é, por sua natureza, irresoluvel, e não póde ser revogada sem o consentimento do proprietario, excepto:
1.º— Si o contrario consta do titulo de sua constituição;
2.º— Por causa surperveniente marcada na lei.

Já dissemos que a propriedade se presume sempre absoluta, e por conseguinte é ella, por sua natureza, irresoluvel. A resolubilidade é uma excepção, é uma irregularidade da propriedade, e por conseguinte não póde, em regra, ter logar sinão com o consentimento do proprietario.

Esta decisão soffre sómente duas excepções: a primeira, quando do titulo da acquisição consta que a propriedade adquirida é resoluvel; a segunda, quando a lei o permitte.

Exemplifiquemos.

Compro um predio; o meu titulo, ou modo de adquirir, é o contrato de compra e venda. Si do meu titulo nada consta, o direito que tenho ao predio, é irrevogavel. Só com o meu consentimento póde a venda ser revogada; mas então propriamente não haverá uma revogação; a venda estava perfeita e acabada, a revogação neste caso importa um novo contrato, uma nova venda, que faço a quem vendeu-me o predio.

Mas supponhamos que do meu titulo de acquisição consta, porque assim convencionámos, que ao vendedor será permittido rescindir o contrato, quando o queira, no tempo e nos termos da lei (art. 2062): em tal caso a propriedade que tinha do predio comprado é resoluvel, e não posso obstar a sua resolução. Si o vendedor quizer desfazer a venda, não me é licito embaraça-lo.

E' a primeira excepção do art. 1003.

Não comprei o predio, mas foi-me doado. Em toda a doação

Digitized by Google

se presume a clausula de ser o donatario grato ao doador, porque si este previsse o contrario, não faria a doação.

Pratiquei contra o doador alguns dos factos, de que trata o art. 2388: o doador póde revogar a doação, e haver o predio doado.

E' uma causa superveniente de resolução da propriedade marcada na lei. E' a segunda excepção do art. 1003.

Art. 1001.—No caso da excepção 1ª do artigo antecedente, a resolução da propriedade retrotrahe os seus effeitos ao tempo da acquisição, salva disposição especial da lei em contrario, e portanto:

1.º—Aquelle, em favor de quem se opéra a resolução da propriedade, é considerado como si fôra sempre proprietario;

2.º—Entendem-se revogados todos os onus e direitos reaes concedidos sobre a cousa por aquelle, contra quem foi resolvida a propriedade, ao tempo em que pendia a causa da resolução;

3.º—Áquelle, em favor de quem se resolve a propriedade, póde reivindicar a cousa em poder de quem quer que a detenha, ou haver do alienante o seu valor.

Quando do titulo da constituição da propriedade consta que ella é resoluvel, como no caso que figuramos da venda *a retro*, em que ao vendedor é facultado resolver o contrato, isto é, haver a cousa vendida restituindo o preço nos termos do art. 2064, si verifica-se a resolução, isto é, si o vendedor usa da faculdade que se reservou pelo contrato, a resolução retrotrahe os seus effeitos ao tempo da acquisição.

A primeira consequencia, que resulta da retroacção, é que o vendedor *a retro* é considerado como si fôra sempre proprietario, como si não tivesse havido venda alguma, como si a propriedade nunca tivesse sido transmittida. Entende-se que nunca houve venda.

A segunda consequencia, que não é mais que a applicação da primeira, é que quaesquer onus reaes ou encargos estabelecidos por aquelle contra quem resolve-se a propriedade, entendem-se revogados. E' como se decide no art. 2073.

Si o comprador com o pacto *a retro* estabeleceu qualquer

Digitized by Google

servidão sobre o predio comprado, ou o arrendou, ou o deu em usufructo, todos esses encargos, estabelecidos em favor de terceiros, ficão revogados com a resolução do contrato. Si o comprador hypothecou o predio, a hypotheca não terá effeito. O comprador considera-se como nunca tendo sido proprietario, e por conseguinte, não podendo onerar ou sujeitar ás suas dividas a cousa, que não lhe pertencia.

Como o comprador *a retro* não se considera proprietario irrevogavel da cousa, si tiver alienado esta, com a resolução do contrato tem o vendedor o direito de reivindica-la do poder do adquirente.

E' o que faculta o art. 2067 pela regra *resolute jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

Mas si o vendedor preferir haver do comprador o valor da cousa, lhe é isso permittido. O comprador sabia que o contrato podia ser resolvido, e si alienou a cousa, sujeitou-se ás consequencias do seu acto.

> Art. 1005.—Si a propriedade fôr resolvida por causa superveniente na fórma da segunda excepção do art. 1003, salva disposição da lei em contrario :
>
> 1.°—Não resultão as consequencias do artigo antecedente ;
>
> 2.°—Aquelle, em favor de quem se resolve a propriedade, só tem direito contra aquelle, contra quem ella se resolve, de obriga-lo a entregar a propria cousa no estado em que se achar, ou, na falta, o seu valor.

A propriedade agora resolve-se, não por ser permittida a resolução no titulo de sua constituição, mas por causa superveniente marcada na lei. E', por exemplo, a revogação da doação por ingratidão.

Si a doação se revoga por ingratidão do donatario, reputa-se que este foi sempre proprietario até ao dia da revogação.

Em consequencia, si tiver onerado a cousa doada com quaesquer encargos, si tiver constituido qualquer servidão, si a tiver arrendado ou concedido seu dominio util, ou estabelecido

Digitized by Google

qualquer outro desmembramento da propriedade, taes encargos prevalecem, e não se julgão resolvidos.

Si tiver hypothecado a cousa doada, a hypotheca a acompanhará, quando volte para o poder do doador, e o credor poderá exercer seu direito sobre o immovel hypothecado.

Da mesma fórma si a doação fôr revogada, ao doador não é facultado reivindicar a cousa doada, si esta tiver sido transferida; só tem direito de exigi-la achando-se em poder do donatario e no estado em que se achar (art. 2391).

Art. 1006. — Salva disposição especial da lei, a propriedade do sólo comprehende, não só a superficie, como toda a sua profundidade e o espaço aereo correspondente ao mesmo sólo, e susceptivel de occupação.

Como dizião os antigos, a propriedade do sólo comprehende o céo e o inferno. O sólo quer dizer a superficie e o interior da terra, e o que é proprietario da superficie deve necessariamente ser proprietario do espaço aereo correspondente.

Daqui nasce o direito de edificar no sólo, de plantar, de explorar seus mineraes e de elevar quaesquer construcções no espaço aereo, até onde possa ser occupado.

Salva disposição especial da lei, diz o art. 1006. Assim, ninguem póde edificar sem se conformar com os regulamentos municipaes; as casas devem ser alinhadas, e não é arbitraria a sua fórma.

Comquanto a propriedade do sólo comprehenda a superficie e toda a sua profundidade, tal direito é restringido pelas leis sobre mineração. Ninguem póde minerar para diamantes, ainda no proprio sólo, sem arremata-lo ou obter carta de faiscador.

Art. 1007. — Quando alguem é inhibido de adquirir por interposta pessoa, entende-se ser assim feita a acquisição:

1.º—Quando é feita pelo socio ou consorte, do inhibido, para a sociedade ou communhão;

2.º—Quando é feita por terceiro, de accôrdo com o inhibido, com o fim de transmittir a cousa a este ou ao seu socio ou consorte.

Por presumpção de fraude e no intuito de evitar prejuizos

Digitized by Google

de certas pessoas, a lei inhibe a compra de seus bens aos encarregados da venda ou administração (arts. 2048 e 2049).

A taes contratos a lei não concede effeito algum; são nullos absolutamente, ou sejão feitos pelos proprios inhibidos ou por interposta pessoa (art. 2053).

O art. 1007 define o que seja adquirir por interposta pessoa. Tal acquisição tem logar em dous casos: primeiro, quando é feita pelo socio ou consorte para a sociedade ou communhão.

A acquisição para a sociedade ou communhão aproveita ao socio où consorte inhibido; qualquer destes tem parte no objecto adquirido, e tal acquisição deve-se reputar feita por interposta pessoa.

O segundo modo de acquisição por interposta pessoa, é quando feita por terceiro com o fim de transmittir a cousa ao inhibido.

E' essencial que a acquisição tenha sido feita com esse fim. Sendo isto um facto, não se presume; e, portanto, si o inhibido adquirio a cousa por transmissão de terceiro, a quem allegar que o terceiro foi interposta pessoa, cumpre provar que a acquisição foi feita com o fim de transmitti-la ao inhibido.

Muitas legislações considerão acquisição por interposta pessoa a que é feita pelos ascendentes ou descendentes do inhibido.

Julgamos que se devem limitar os casos de nullidade. Por que razão ao filho ou ao pai de um tutor não será permittido arrematar em praça bens do tutelado, concorrendo com outros licitantes? A multiplicidade de desconfianças torna a legislação complicada, e é a principal fonte de innumeros litigios.

Ainda que a cousa havida pelo filho de um inhibido seja depois transmittida a este, não se reputará a acquisição feita por interposta pessoa, salvo provando-se que ella se faz com o fim de passar a cousa para o inhibido.

Digitized by Google

CAPITULO II

Da compropriedade

Art. 1008.—Propriedade commum é a que pertence a diversas pessoas simultaneamente sobre uma ou mais cousas, ou sobre uma universalidade de cousas ou de direitos.

Cumpre não confundir a compropriedade ou communhão de bens com a sociedade. Troplong largamente trata de suas differenças.

Em regra, diz elle, toda a sociedade suppõe uma communhão de bens ; mas nem toda a communhão é uma sociedade. A communhão é o genero, a sociedade é a especie, especie muito notavel e importante.

Uma cousa é legada a diversas pessoas ; uma herança, universalidade de bens e de direitos, se abre em beneficio de muitos herdeiros; verifica-se uma communhão e não sociedade. Dar-se-ha quando muito,o que se chama *societas incidens*, para mostrar que tal reunião de pessoas é o resultado do acaso, e não o verdadeiro contrato de sociedade, que resulta da reunião de vontades livres no intuito de lucros partiveis.

E' por essa razão que o art. 1397 dispõe que, havendo mais de um herdeiro, são applicaveis á herança as disposições relativas á compropriedade.

A differença caracteristica da communhão e da sociedade é que aquella é um estado passivo, entretanto que a sociedade se serve da communhão com o fim de obter lucros.

Para a communhão basta que haja uma cousa commum ; mas na sociedade é necessario quo os socios contribuão com cousas proprias ou com seu trabalho.

Os consortes não têm obrigação de trabalhar uns para os outros, ou em beneficio da communhão ; podem ficar na inacção,

Digitized by Google

e só tratar de seus proprios interesses. Mas a sociedade, fundada na reunião de vontades, impõe obrigações aos socios. Todos elles são obrigados a concorrer para que haja lucros, ou com seus capitaes ou com seu trabalho.

Isto se tornará mais patente considerando-se as differenças dos direitos e obrigações dos consortes de uma communhão e dos membros de uma sociedade.

Paulo assim estabelece a differença no L. 32 Dig. pro socio: *Nam cum tractatu habitu societas coita est, ut pro socio actio est; cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.*

Póde todavia dar-se a communhão por meio de convenção, como quando diversas pessoas comprão uma herança com o fim de a partilharem; quando comprão com o mesmo fim um rebanho, uma universalidade de bens ou direitos; quando comprão uma massa fallida, ou arrematão suas dividas. De todos esses actos nasce a communhão, mas não a sociedade.

Diversas pessoas não podem ter o dominio exclusivo sobre a mesma cousa, *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem non esse posse* (L. 5 § 15 Dig. commodat. vel contra).

Este condominio póde ser sobre uma só cousa, como sobre um predio, ou sobre uma universalidade de bens, como acontece na herança: os herdeiros são consortes, e á herança se applica o que se dispõe sobre a compropriedade (art. 1397).

> Art. 1009.—O proprietario em commum, consorte ou comproprietario, exerce conjunctamente com os outros seus consortes todos os direitos, que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na cousa commum.

Como a cousa, objecto da compropriedade, se acha *pro indiviso*, cada um dos consortes póde exercer sobre a mesma todos os direitos, que exerceria aquelle, que fôsse della proprietario exclusivo.

Assim um terreno em commum póde prestar-se á cultura,

Digitized by Google

á criação, á mineração; cada consorte póde cultivar, criar e minerar, mas em proporção de seu direito; não póde cultivar, por exemplo, sinão em proporção da parte que tiver no terreno.

Art. 1010.—O consorte póde dispôr do direito que tem na cousa commum, mas não especificadamente de qualquer parte desta, sem que essa parte lhe seja assignada em partilhas ou divisão.

O consorte só tem na cousa commum uma parte ideal; terá uma parte determinada sómente depois de feita a partilha ou divisão; portanto só lhe é permittido alienar o seu direito á communhão. O comproprietario de um terreno, só póde dispôr de seu direito de comproprietario, hypotheca-lo, ou aliena-lo por qualquer fórma; mas não póde alienar uma parte determinada do terreno.

Note-se aqui a differença, que existe entre a sociedade e a communhão.

Sem o consentimento dos outros socios (art. 2209), um socio não póde fazer entrar um terceiro para a sociedade, ainda que seja cedendo-lhe a sua parte; lhe é sim licito ceder a sua parte, mas o cessionario não será considerado membro da sociedade.

O consorte, porém, póde dispôr do direito que tem na communhão independente do consentimento dos outros consortes; o cessionario terá os mesmos direitos que o cedente, e irá tomar o seu logar na communhão na qualidade de consorte.

A razão que se dá da differença, está na diversidade dos dous estados de socio e consorte. O socio tem obrigações para com seus associados, e de que não se póde isentar; sua pessoa e sua capacidade fôrão tomadas em consideração pelos outros contratantes e portanto não lhe é licito substituir-se por um estranho sem o consentimento dos mais socios.

Mas a communhão não se fórma pela confiança e qualidades pessoaes dos outros consortes; de ordinario a communhão existe.

Digitized by Google

por um facto accidental, sem convenção. Um herdeiro vende o seu direito á herança, e o comprador será considerado herdeiro; tomará o logar do vendedor, independente do consentimento dos outros herdeiros.

Art. 1011.— Qualquer dos consortes póde empregar a cousa commum nos usos, a que é destinada, comtanto que o faça sem prejuizo dos outros consortes, e em proporção da parte que tem na mesma cousa.

O consorte em um predio póde delle utilisar-se plantando, cultivando ou edificando, e não póde prohibir que os outros consortes tambem plantem, cultivem, ou edifiquem, ou fação os mais usos a que o predio é destinado. O consorte em uma casa commum póde nella morar, mas não prohibir que seus consortes tambem morem na mesma.

Art. 1012.—O consorte tem direitio aos fructos da cousa commum em proporção de sua parte, e na mesma proporção é obrigado a contribuir para as despezas de sua conservação.

E' evidente que sendo a cousa commum, ou pertencente a varios, se devão partir seus fructos em proporção das partes de cada consorte. Os consortes só são obrigados pelas despezas da conservação por serem estas necessarias para a existencia da cousa; não são obrigados a melhora-la, como depois veremos.

Art. 1013.—O destino da cousa commum não póde ser mudado sem consentimento de todos os consortes.

O terreno de cultura pertencente a varios não póde ser convertido em pastos de criação sem o consentimento de todos os comproprietarios.

Art. 1014.—O consorte, que fez bemfeitorias na cousa commum, sem o consentimento dos outros consortes, não tem direito a ser indemnizado; póde, porém, a todo o tempo, retirar as bemfeitorias, si isso fôr possivel, sem prejuizo da cousa.

Ninguem é obrigado a melhorar a sua cousa, ou augmenta-la com bemfeitorias.

Digitized by Google

Succede muitos vezes um dos consortes edificar em um terreno commum. Si pela divisão a parte do terreno em que edificou vem a pertencer a outro, não está este obrigado a pagar as despezas da edificação. O consorte, que edificou, só tem direito de levantar suas bemfeitorias. E' com razão equiparado ao possuidor de má fé; sabia que o terreno não lhe pertencia no todo; para ter direito de edificar em um logar determinado é preciso ser proprietario singular, e com razão deve ser havido como possuidor de má fé (art. 1311).

Art. 1015.—As partes dos consortes na cousa commum se presumem iguaes.

Este regra tem muita applicação quando se trata de muros e paredes meias, como depois veremos. Uma parede se presume commum quando separa predios confinantes. Não havendo prova em contrario, presume-se que cada um dos donos dos predios vizinhos concorrêrão em partes iguaes para as despezas da parede ou muro divisorio (art. 1191).

Art. 1016.—Qualquer dos consortes póde escusar pagar a sua parte nas despezas feitas com a conservação da cousa commum, abandonando a parte, que tiver na communhão, salvo si as despezas fôrão feitas com o seu consentimento.

Paragrapho unico.—Havendo um administrador, as despezas feitas por este entendem-se feitas com o consentimento de todos os consortes.

Vimos que os consortes são obrigados a concorrer, em proporção de suas partes, para as despezas da conservação da cousa. Desta obrigação só se escusão abandonando a parte que tiverem na communhão. A razão é porque os consortes não contrahirão, como na sociedade, obrigações uns para com os outros, e todo o proprietario tem o direito de abandonar sua propriedade. Veremos uma explicação desta regra quando tratarmos dos muros e paredes meias.

Mas si as despezas da conservação fôrão feitas com o consentimento de todos os consortes, dá-se um contrato, que os obriga

Digitized by Google

uns para com os outros; e não será licito a um consorte abandonar a sua parte na cousa commum afim de isentar-se de concorrer para as despezas da conservação.

Si a cousa commum tem um administrador da escolha dos consortes, dá-se tambem um contrato; esse administrador é mandatario dos consortes, e por conseguinte, são todos obrigados por seus actos, e não será licito a um delles abandonar a sua parte na communhão para isentar-se de contribuir para as despezas feitas pelo administrador.

Supponha-se um cabeça de casal gerindo a herança. Logo que foi aceita, os herdeiros tacitamente aceitárão a administração de um cabeça do casal, porque lhes era livre aceitar ou repudiar a herança; portanto, são obrigados pelas despezas feitas pelo cabeça do casal.

Art. 1017.—Nenhum dos consortes póde fazer innovação na cousa commum sem o consentimento de todos.

E' fundado na regra do direito: *In re communi potior est causa prohibentis.*

SECÇÃO I

DIVISÃO E PARTILHAS

Art. 1018.—Os consortes podem ficar na indivisão o tempo que quizerem; e a cessação desta póde ser sempre pedida por qualquer delles.

No codigo italiano art. 681: « Nessuno puó essere costretto a rimanere in communione, e sempre se ne puó da ciascuno de partecipanti domandare lo scioglimento. »

In communione nemo compellitur invitus detineri. E' um preceito de ordem publica. A indivisão é origem de constantes duvidas e contestações entre os comproprietarios em prejuizo do melhoramento dos bens.

Digitized by Google

A communhão cessa pela divisão ou partilhas, mas podem os consortes ficar na indivisão o tempo que quizerem ; basta, porém, que um delles requeira a divisão ; os mais não poderão se oppôr a que ella se faça.

A disposição do artigo mostra ainda uma outra differença capital entre a sociedade e a communhão. E' a razão por que se diz que a lei considera a communhão com desfavor, entretanto, que a sociedade é favoravel.

A sociedade não se desonvolve sinão nos casos previstos na lei. Não é livre a um socio requerer a divisão dos bens sociaes, emquanto não expira o termo convencionado ; ainda que todos o queirão, basta que um só se opponha. Na communhão verifica-se o contrario, salvo o caso da convenção pelo limitado tempo de 10 annos, como faculta o art. 1019 ; basta que um comproprietario requeira a divisão, para que não seja licito aos mais se opporem a ella. A divisão terá sempre logar ou trate-se de uma universalidade de bens e direitos, como a herança, ou trate-se ainda de um bem indivisivel ; porque neste ultimo caso a cousa é vendida, e parte-se o preço. Ninguem é obrigado a ficar na indivisão.

A sociedade é um contrato, e a vontade das partes deve ser respeitada ; a sociedade tem por fim o lucro, o augmento das riquezas sociaes, das forças ou capitaes associados, são elementos da prosperidade das nações. A união faz a força, e por isso a lei olha favoravelmente as sociedades.

A communhão não tem por fim o lucro ; é um estado anormal da propriedade. Um comproprietario não se interessa tanto pela cousa commum, como por aquella sobre a qual exerce um dominio exclusivo.

Vêmos todos os dias predios abandonados por pertencerem a mais de um proprietario. Nenhum se mostra interessado em melhora-lo. E' exactissimo o que diz o Imperador na L. 2 Cod. quando et quibus quarta pars : *Naturale vitium est negligi quod communiter possidetur* ; *atque se nihil habere qui non totum*

Digitized by Google

habeat arbitretur; denique suam quoque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienæ.

Art. 1019.— A convenção de não se fazer divisão por tempo que exceda a dez annos, só é obrigatoria até este termo.

Póde ser do interesse dos consortes não se fazer a divisão sinão depois de certo tempo. Muitas vezes para a partilha torna-se necessaria a venda da cousa commum, como no caso do art. 1030. Ora as circumstancias, os tempos serão talvez desfavoraveis; uma crise commercial depreciará momentaneamente as propriedades, e nesse caso convirá demorar a divisão, até que melhore o estado de cousas. Será então permittido aos consortes espaçar, por convenção, a divisão dos bens communs. O art. 1019 o permitte só até 10 annos. E' uma excepção da regra da faculdade da divisão. Si fôsse concedido um maior prazo, os motivos de ordem publica, que levárão a estabelecer a regra, reapparecerião na excepção.

O art. 1584 dispõe que o testador não poderá ordenar que se não fação partilhas, ou que se não fação sinão depois de certo tempo, ou em certo tempo.

As partes podem convencionar a indivisão até dez annos; mas ao testador não é licito marcar tempo para ella, ou que só se faça a divisão em certo tempo.

Si prazo nenhum é permittido ao testador marcar para seus herdeiros ficarem na indivisão, aberta a herança, estes o podem convencionar até 10 annos. Qual a razão por que não se permitte ao testador marcar prazo algum, entretanto que os herdeiros o podem convencionar? Se dão as seguintes razões.

Si a communhão tem inconvenientes, é sobretudo quando obrigatoria. Por meio de convenção a communhão se conserva voluntariamente com pleno conhecimento de causa; cada um dos interessados convenciona por conhecer a indole, o caracter, as idéas, as habilitações e capacidade dos outros. No caso do testamento, pelo contrario, cada um dos herdeiros ou legatarios

Digitized by Google

se vê obrigado a aceitar a communhão contra vontade, e associado com consortes, que não serão talvez de sua confiança. Dahi podem se originar litigios, desconfianças, e sobretudo má administração dos bens communs.

Art. 1020.— O acto, que faz cessar a indivisão, confere a cada um dos consortes a propriedade exclusiva dos bens, ou parte dos bens, que fôrão dados em seus quinhões.

A indivisão, como se expressão os autores, é o estado de uma cousa, ou de uma universalidade de cousas pertencentes a varias pessoas, cada uma das quaes é, em uma fracção qualquer, proprietario de toda a cousa, ou de toda a universalidade de cousas; *dominus in qualibet parte indiviso est dominus in totum.* Si duas pessoas têm a propriedade de um predio, uma em tres quartas partes e outra sómente em uma quarta parte, cada parte do predio, cada pedra do edificio, cada molecula de terra, pertencem simultaneamente aos dous consortes; mas o direito de um só é relativo á quarta parte, e o de outro a tres quartas partes.

Cessada, porém, a indivisão, cada um dos consortes tem a propriedade exclusiva dos bens ou parte dos bens, que fôrão dados em seu quinhão, e cessa o seu direito quanto aos bens aquinhoados ao outro consorte.

Art. 1021.— Depois do acto, que fez cessar a indivisão, cada consorte se suppõe ter sido proprietario exclusivo daquillo, que foi dado em seu quinhão, desde o tempo do acto, que produzio a communhão, e nunca ter tido a propriedade, do que foi dado nos quinhões dos outros consortes.

A divisão é declarativa e não distributiva ou translativa da propriedade; é o systema adoptado pelo art. 1021. Por direito romano a divisão é attributiva da mesma fórma que a troca ou a venda. Eis como o explicão os autores.

A divisão extingue a communhão; e o que é a communhão? Si dous consortes possuem em commum um terreno, cada

Digitized by Google

um é proprietario *pro-indiviso*, que significa, como já dissemos, que cada um tem a propriedade de todo terreno em cada uma de suas parcellas, mas em proporção de direito. A divisão determina a parte, que cada um tem exclusivamente na propriedade.

Pedro, um dos consortes, deixa de ser proprietario da parte aquinhoada a Paulo, e Paulo não tem mais a propriedade da parte aquinhoada a Pedro, faz-se então entre elles uma troca. Ora a troca é um acto translativo da propriedade: logo tambem a divisão é um acto translativo, pelo qual o consorte cede o seu direito de communeiro pelo direito exclusivo em parte da cousa commum.

E' este o systema do direito romano.

Deste systema resulta uma consequencia importante. Cada consorte, tendo uma parte indivisa na cousa commum, póde hypotheca-la. Feita a partilha, a hypotheca subsiste, porque a partilha é uma alienação; ora a alienação do immovel hypothecado não extingue a hypotheca, esta acompanha o immovel em todas as suas transmissões. Si o immovel hypothecado por Pedro durante a indivisão foi dado a Paulo em partilha, o credor póde executa-lo.

Paulo evicto só tem direito regressivo contra Pedro. E' facil de vêr como taes acções regressivas tenhão inconvenientes, tornando a propriedade incerta.

Eis um texto bem claro da lei romana: *Illud tenendum est si quis communis rei partem dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit; sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidio manebit obligata.* (L. 7 § 4 Dig. quib. mod. pig).

No segundo systema, adoptado pelo art. 1021, a divisão não é attributiva, mas declarativa; um dos consortes, pela divisão nada adquire do outro consorte, e nada lhe transmitte.

Extingue-se a communhão, como si nunca existira. Cada consorte adquire o que lhe coube em quinhão, como si esta lhe pertencesse desde o dia do acto, que produzio a communhão.

Digitized by Google

A divisão só tem o effeito de declarar quaes os bens, que sempre pertencêrão ao consorte.

As consequencias deste systema são muito differentes, como se verá no art. 1022.

> Art. 1022:— Em consequencia do artigo antecedente:
>
> 1.°— Si um consorte alienou alguma cousa da communhão, e esta pela divisão, não foi dada em seu quinhão, poderá aquelle, a quem tocou a cousa alienada, ou haver o seu valor do alienante, ou reivindica-la do poder do adquirente;
>
> 2.°— Não vale a hypotheca, ou qualquer outro encargo, imposto por um consorte sobre alguma cousa pertencente á communhão, si essa cousa pela divisão não coube a esse consorte.

Duas consequencias muito importantes enumera este artigo, que não é taxativo, mas exemplificativo.

Pela regra estabelecida no artigo antecedente cada consorte se reputa, depois de cessar a indivisão, ter sido *ab initio* proprietario exclusivo dos bens, que lhe fôrão dados em partilha, e em consequencia que nunca teve direito aos bens, que fôrão aquinhoados aos outros consortes.

E' na verdade uma ficção, mas, ficção necessaria para firmar a propriedade e evitarem-se questões de pratica complicadissimas.

Supponha-se que o consorte ou herdeiro Pedro vende um predio da herança. Fazem-se as partilhas e o predio é lançado no quinhão de Paulo. Paulo tem o direito, ou de haver de Pedro o valor do predio alienado, ou de reivindica-lo do comprador. A razão é porque a divisão tem effeito retroactivo; cada herdeiro por ficção se suppõe ter sido proprietario da cousa que coube em seu quinhão, desde o facto da abertura da herança.

Da mesma fórma, si Pedro hypothecou o predio, e este foi lançado no quinhão de Paulo, o immovel passa livre para Paulo, e não tem effeito a hypotheca; porque Pedro não tinha a propriedade do predio, e não podia hypothecar o que lhe não pertencia.

Digitized by Google

Vêmos uma applicação deste principio no art. 2566. Cada um póde hypothecar a parte indivisa que tiver em um immovel commum, mas não o immovel na sua totalidade. Depois da divisão a hypotheca só terá effeito na parte que tiver cabido ao devedor.

Art. 1023.—Os consortes são reciprocamente obrigados a indemnizarem-se, no caso de evicção das cousas repartidas.

Si uma cousa é dada a um herdeiro em seu quinhão, e depois é tomada pelo seu proprietario, por não pertencer á herança, os outros herdeiros são obrigados a indemnizar o herdeiro evicto, pagando-lhe, em proporção de seus direitos á herança, o valor da cousa evicta. A razão é porque nas partilhas deve haver toda igualdade; si um herdeiro recebeu o que não pertencia á herança, tem direito a ser indemnizado; não é porque se entenda ter havido um contrato entre os co-herdeiros, e a partilha signifique uma troca, conforme o systema do direito romano. Já dissemos que toda a divisão é declarativa e não attributiva de direitos.

Cumpre notar que a garantia, de que falla o art. 1023, comprehende tambem a dos vicios rhedibitorios pela generalidade do art. 1928.

Art. 1024. — O evicto será indemnizado pelos consortes em proporção de seus quinhões.

Si algum dos consortes tornar-se insolvente, a parte, pela qual seria responsavel, será na mesma proporção rateada entre o evicto e os consortes solventes.

E' evidente que a obrigação de cada consorte, de indemnizar o consorte evicto, deve ser em proporção da parte que cada consorte tiver na communhão.

Supponhão-se os herdeiros Primus, Secundus e Tertius, que partilhão uma herança. Foi evicto a Primus um predio que elle recebeu por 300; cada um dos co-herdeiros Secundus e Primus é obrigado a pagar-lhe 100. Supponha-se que Tertius é insolvente, Secundus é responsavel por 150 a Primus.

Digitized by Google

Art. 1025. — A disposição do artigo antecedente é applicavel ao caso, em que algnm dos consortes satisfez o encargo que onerava a cousa que foi dada em seu quinhão.

Si o consorte paga a divida por que estava hypothecado o immovel dado em seu quinhão, fica sub-rogado nos direitos do credor, e por conseguinte tem direito de haver dos outros consortes suas partes respectivas da divida.

Art. 1026.—Os consortes não são responsaveis pela insolvabilidade das dividas activas que tenhão sido dadas nos quinhões dos outros consortes, mas sim pela sua veracidade.

Si um herdeiro recebeu em seu quinhão uma divida activa, e, tratando de cobra-la, mostrar aquelle a quem fôr pedida, que está paga ou que não é devedor da mesma, tem o herdeiro direito a ser indemnizado.

Mas si a divida fôr verdadeira e o devedor estiver fallido, não tem o herdeiro direito a indemnização alguma. O art. 1590 permitte-lhe requerer que as dividas se dividão proporcionalmente, e si o não fez sujeitou-se ao perigo da insolvencia do devedor.

Art. 1027.—Finda a divisão, cada consorte póde exigir os titulos, si houver, dos bens, que fôrão dados em seu quinhão.

Art. 1028.—Si os titulos fôrem communs a varios consortes, devem ficar depositados em poder do mais interessado, com a obrigação, sempre que o fôr exigido, de os communicar aos mais consortes interessados, e de dar os traslados de que precisarem.

Art. 1029.—Os titulos dos consortes, igualmente interessados, serão depositados em poder daquelle, que elles escolherem ; na falta de accôrdo, ou si nenhum delles quizer ser depositario, ficaráõ depositados em poder da pessoa, que pelo juiz fôr escolhida.

Estas decisões são de evidencia. O consorte em cujo quinhão foi dado um predio, naturalmente deve ter necessidade de seus titulos ; si o predio foi dado nos quinhões de varios consortes, deve ser depositario dos titulos o mais interessado, e si o fôrem todos igualmente, combinaráõ qual deva ser o depositario.

Digitized by Google

Art. 1030.—Si pertencer á communhão uma cousa, que não possa ser commodamente dividida, não chegando os consortes a um accôrdo, poderá qualquer delles requerer que seja vendida em praça e que se reparta o preço.

Uma casa pertence a varios herdeiros. Não admitte commoda divisão e nem todos os herdeiros podem nella morar. Si nenhum dos herdeiros quer ficar com as partes dos outros, a casa será vendida e se dividirá o preço.

SECÇÃO II

DA RESCISÃO DA DIVISÃO

Art. 1031.—A divisão só póde ser rescindida nos casos, em que o podem ser os contratos.

O projecto não reconhece a acção de rescisão das partilhas por motivo de lesão, mas sómente nos casos, em que os contratos são rescindiveis por dolo, erro, ou violencia. Não ha rescisão no caso de lesão, mas só direito a uma indemnização, como se verá dos artigos seguintes.

A divisão só póde ser rescindida nos casos em que os contratos o podem ser, diz o art. 1031. Por exemplo, si não ha consentimento, não ha contrato; o consentimento é viciado nos casos de erro, coacção ou dolo (art. 224).

Aquelle que foi coagido a fazer a divisão tem direito de rescindi-la. O effeito da rescisão é tornar a divisão sem vigor, como si nunca existisse, e poder-se fazer outra.

Art. 1032.—Provando, porém, qualquer dos consortes ter sido lesado em mais da quarte parte, do que lhe devia caber, os outros consortes são obrigados a indemniza-lo em proporção de seus quinhões.

A conjuncção adversativa deste artigo mostra que se não vai tratar de uma excepção do art. 1030, quando de um modo

Digitized by Google

absoluto não admitte a rescisão das partilhas sinão nos casos, em que podem os contratos ser rescindidos.

O art. 1031 não admitte a rescisão da divisão por motivo de lesão. Dando-se a lesão de mais da quarta parte do que devia caber ao consorte lesado, póde este requerer uma indemnização e não a rescisão da divisão.

A Ord. Liv. 4 tit. 96 tambem não permitte a rescisão de partilha. « Porém si alguma das partes disser que foi na partilha enganada em mais da metade, do que justamente lhe pertencia herdar, e assim o provar, as partilhas outrosim se não desfarão, mas os outros herdeiros lhe comporão sómente a sua direita parte.»

Facultar a rescisão da divisão pelo facto da lesão, fôra tornar incerta a propriedade. Bens divididos, talvez já alienados, voltarião para a communhão, que a lei considera desfavoravelmente como estado anormal da propriedade.

A' excepção do contrato de compra e venda, e ainda assim só em caso muito especial, tratando-se de immovel (art. 2075), a lesão não autoriza a rescisão dos contratos e nem a pedir indemnização.

Qual a razão da excepção, tratando-se do acto que faz cessar a indivisão?

Se diz, e com razão, que os contratos são especulações; contrata-se no intuito de alguma vantagem; cada uma das partes procura obter um lucro superior ao da outra parte; ha uma luta de interesses, e cada contratante deve ponderar os inconvenientes do acto, que vai praticar; tudo é considerado e meditado; póde ou não haver contrato, e só o interesse é o que dirige os contratantes. De ordinario é assim.

Não succede o mesmo quando se trata de fazer cessar a indivisão. Os consortes não especulão; liquidão direitos, que por lei não podem deixar de liquidar.

Lhes é licito ficar na indivisão, mas não convencionar que não sahirão della por tempo que exceda de dez annos. A lei recommenda e favorece a cessação da indivisão. Os

Digitized by Google

consortes no estado de indivisão estão como que constrangidos; não é esse o estado normal da propriedade, e é da vontade da lei que elle cesse.

Por esta razão a divisão deve ser feita com toda a igualdade; não é uma especulação. Os consortes só devem tratar de não serem prejudicados, e não lhes é licito procurar prejudicar os mais interessados; devem só procurar haver o que legitima e restrictamente lhes pertence, e si receberem mais do que lhes pertence, recebem um excesso illegitimo; nem a equidade nem a justiça o permittem; é uma espoliação, é um pagamento indevido, sujeito á repetição.

Portanto nas partilhas da communhão deve haver direito á indemnização, quando haja lesão.

Em regra era uma igualdade mathematica a que se deveria exigir na divisão; um só real não devia um consorte exigir demais que os outros; mas essa igualdade mathematica só seria possivel tratando-se de dinheiro a dividir. Para evitar litigios e incertezas cumpria não permittir o pedido de indemnização por qualquer lesão. O art. 1032 só o permitte quando a lesão excede da quarta parte. A Ord. Liv. 4 tit. 96 § 19 o permitte quando a lesão é da sexta parte, havendo reclamação dentro de um anno.

Succede vêrmos todos os dias sentenças de partilhas embargadas, e contestações interminaveis. O que importa muito á lei evitar é a frequencia de litigios.

A Ord. Liv. 4 tit. 96 só trata de partilhas de heranças. Entendemos que o direito á indemnização no caso de lesão deve ser generalisado, e appplicar-se a todos os casos em que se faz cessar a indivisão, ou se trate de dividir uma só cousa em commum, ou uma universalidade de bens; tenha nascido a communhão de herança, ou de qualquer contrato. A razão é sempre a mesma. Só não se applica a regra á sociedade, porque esta não se regula pelas regras do condominio, mas pela dos contratos.

Digitized by Google

Art. 1033.—A indemnização de que trata o artigo antecedente, será em dinheiro, ou em bens da communhão, á escolha do consorte obrigado a ella.

O consorte obrigado á indemnização tem a escolha de faze-lo ou em dinheiro, ou em bens da communhão. Não lhe é permittido fazer a indemnização com outros bens, que não sejão os que recebeu; porque de outra sorte não haveria igualdade.

Art. 1034.—Para se dizer que houve lesão, se attenderá ao valor dos bens ao tempo da divisão.

A indemnização só é permittida ao consorte que provar ter sido lesado em mais da quarta parte do que lhe devia caber.

E' claro que para se conhecer o que elle recebeu e o que devia receber, se attenderá ao valor dos bens ao tempo da divisão.

Os bens recebidos pelo consorte reclamante podem posteriormente, por qualquer causa accidental, ter mudado de valor; não é o actual que se attenderá. O reclamante póde ser o mais bem aquinhoado, porque um predio que recebeu valerá actualmente dez vezes mais.

Art. 1035.—A acção de reclamação por lesão prescreve no prazo de um anno, a contar-se do acto, que fez cessar a indivisão.

Um anno para reclamar a indemnização é prazo bastante.

E' um dos direitos excepcionaes que a lei concede, e como excepção deve ter um prazo curto. Durante um anno tem o consorte tempo sufficiente para reconhecer seu prejuizo, e si o não reclama entende-se ter desistido.

Art. 1036.—Si a divisão se fez com preterição de algum consorte, não poderá por isso ser rescindida, salvo provando-se má fé dos outros consortes; mas serão estes obrigados a compôr ao preterido a sua devida parte em bens da communhão, si fôr isso possivel, ou

Digitized by Google

em dinheiro, conforme elle preferir. Si não fôr possivel compôr em bens a devida parte do consorte preterido, será satisfeito em dinheiro.

Si a divisão se faz com preterição de algum consorte, cumpre distinguir si aquelles, que partilhárão os bens, estavão ou não de má fé, isto é, si sabião ou não que havia aquelle consorte com direito á communhão. Si a divisão se fez de má fé, está sujeita á rescisão, porque ninguem deve tirar proveito do seu dolo.

Mas si ella se fez de bôa fé, não póde ser rescindida. Os herdeiros, por exemplo, ignoravão a existencia de um posthumo, e fizerão-se as partilhas entre os herdeiros conhecidos: neste caso as partilhas se não rescindem, o herdeiro posthumo não póde requerer que os bens partilhados voltem á communhão. O mesmo tem logar si as partilhas se fizerão na ausencia de um herdeiro desconhecido.

O consorte preterido, não lhe sendo permittido rescindir a partilha feita de bôa fé, tem a escolha de pedir que seu quinhão se faça com bens da communhão ou em dinheiro. Mas si os outros consortes alienárão os bens recebidos, ou si por qualquer causa não podem satisfazer ao herdeiro preterido com bens da communhão, só tem elle direito a ser indemnizado pelo valor dos bens, que lhe cabião.

Art. 1037.—A omissão de alguma cousa na divisão, ou a admissão indevida de alguem, que não seja consorte, não é motivo para se desfazer a mesma divisão, e tão sómente se fará subdivisão da cousa omittida, ou do quinhão da pessoa indevidamente contemplada.

Si houve sonegados, ou si depois das partilhas apparecêrão bens, cuja existencia ignoravão os herdeiros, não se desfaz a divisão, mas se fará subdivisão dos bens omittidos. Este é o direito vigente.

Digitized by Google

CAPITULO III

Da accessão

Art. 1038.—O dono da cousa principal adquire a propriedade da cousa accessoria, que áquella se incorpora de modo definitivo e permanente, ou essa incorporação seja natural, ou por facto do homem, tenha ou não, dono a cousa accessoria.

A cousa que é accessoria de uma outra é verdadeiramente uma parte desta, e com ella constitue um todo. *Accessorium sequitur principale*: é o principio fundamental da accessão. A cousa accessoria se confunde, se perde e se extingue na cousa principal. A accessoria e a principal constitue uma só cousa, uma unidade indivisivel. *Accessio cedit principali, accessio cum principali unitatem facit.*

Assim as arvores, que nascem, crescem, e fructificão no meu sólo, as minas, os mineraes, que ahi se encontrão, as aguas que nelle correm, tudo me pertence, porque constituem um todo com o sólo. As crias dos animaes pertencem ao dono destes. O terreno accrescido pela alluvião pertence ao proprietario do terreno, em que aquelle se incorpora.

Mas para que ao dono do principal pertença a cousa accessoria, é necessario, diz o art. 1038, que haja incorporação de um modo definitivo e permanente.

Si com pedras extrahidas em uma pedreira alheia construi uma casa em meu terreno, as pedras ficão me pertencendo, porque houve uma incorporação de modo definitivo e permanente. Mas si simplesmente passei as pedras para o meu terreno, e não fôrão empregadas em obra alguma, não ha incorporação; o proprietario póde reivindica-las.

A disposição do artigo procede, ou a incorporação seja natural, como no caso de alluvião, ou por facto do homem, como

Digitized by Google

no exemplo do edificio feito com materiaes alheios. Nada importa tambem que esses materiaes tenhão dono ou não; os artigos seguintes regularáõ os casos em que o accessorio é de differente dono, e a indemnização que é devida a este.

Art. 1039.— Qual seja a cousa principal, qual a accessoria, para os effeitos da accessão, será declarado nos artigos seguintes.

E' muitas vezes difficil definir o que seja principal e o que seja accessorio. Um brilhante engastado em um quadro é naturalmente seu accessorio; mas pelo valor do brilhante póde ser considerado como o principal, e o quadro o accessorio. Em um adereço qual é o principal, o ouro ou os brilhantes? E' o valor que deve regular? Não é possivel *a priori* dar-se uma definição; é a lei que em casos particulares dirá o que é o accessorio e o que é principal unicamente para os effeitos da accessão, porque muitas vezes considerará como principal o que naturalmente é accessorio, e *vice-versa*.

Art. 1040.— A accessão é relativa ás cousas moveis ou immoveis.

Este capitulo comprehende duas secções. Na primeira tratará da accessão relativa ás cousas immoveis, e na segunda da accessão relativa ás cousas moveis.

SECÇÃO I

ACCESSÃO RELATIVA ÁS COUSAS IMMOVEIS

Art. 1041.— As construcções, plantações e obras feitas em um terreno, presumem-se feitas pelo proprietario e á sua custa.

Neste artigo se estabelecem duas presumpções: a primeira que as plantações, construcções e obras feitas em um terreno fôrão feitas pelo proprietario; e a segunda que fôrão feitas á sua custa. De taes presumpções se deve concluir que as obras pertencem ao proprietario.

Digitized by Google

Tudo isto é de evidencia. Existe uma construcção em um terreno, e é conhecido o proprietario deste; naturalmente quem fez a construcção foi aquelle que tinha o direito e interesse em faze-la. Ora só o proprietario é quem tem direito e interesse: logo foi elle o autor. Si um terceiro faz construcções em terreno, que sabe não lhe pertencer, póde ser obrigado a levanta-las, e, ainda que as faça de bôa fé, está sujeito a perde-las. Não se deve, portanto, presumir que um terceiro se sujeitasse voluntariamente a um prejuizo. Assim o proprietario nada tem de provar; as obras de seu terreno se presumem feitas por elle; a quem allegar o contrario incumbe o onus da prova.

Ainda taes obras se presumem feitas á custa do proprietario, embora feitas por um terceiro. Se presumirá que o terceiro as fez por ordem do proprietario. Ninguem se arrisca a fazer obras em terreno alheio á custa propria.

> Art. 1042.—O proprietario que fizer em seu solo construcções com materiaes alheios, adquirirá estes pagando o seu valor; mas, si o faz de má fé, pagará perdas e damnos, além da responsabilidade criminal, em que possa incorrer.
>
> Em todo o caso, si os materiaes puderem ser tirados, sem prejuizo das construcções, serão elles entregues ao seu dono, não preferindo este receber o seu valor.

Para os effeitos legaes nada importa que o proprietario esteja, ou não de bôa fé.

O proprietario de um solo construio neste uma casa com madeiras cortadas em um matto, que suppunha pertencer-lhe, mas que verifica-se pertencer ao seu vizinho; estava de bôa fé, essas madeiras lhe ficão pertencendo. O proprietario construio com madeiras, que furtou ao seu vizinho; estava de má fé, mas ainda prevelece a mesma regra; as madeiras ficão-lhe pertencendo.

Em qualquer dos casos tem logar a regra: *accessio cedit principali.* Essas madeiras já não existem como taes; fôrão transformadas, aniquilarão-se: *extinctæ res vindicari non possunt.* O que era movel, immobilisou-se; já não tem a mesma natureza.

Digitized by Google

O artigo está de conformidade com o § 29 das Inst. de rer. divis. e lei das Doze Taboas, que prohibio retirar os materiaes empregrados em um edificio, e só dava direito ao seu valor. A razão era *ne ædificia rescindi necesse sit.*

E na verdade, o dono dos materiaes não poderá exigir sinão uma indemnização. Os materiaes já não existem; transformarão-se em um edificio. Conceder o direito de levanta-los em prejuizo do dono do edificio, seria contra a equidade, causando inutilmente um prejuizo consideravel com a demolição da obra.

Dissemos que a disposição do artigo procede independente da bôa ou má fé do constructor do edificio; em todo o caso faz elle seus os materiaes. Mas si estava de bôa fé, só é obrigado a pagar os materiaes; si estava de má fé, além dessa obrigação, ainda responde por perdas e damnos com a responsabilidade criminal, em que possa incorrer. O dono dos materiaes poderá queixar-se de furto, si os materiaes lhe fôrão furtados.

Si os materiaes puderem ser tirados sem prejuizo das construcções, o dono delles tem a escolha de pedi-los, ou de exigir o seu valor, como bem lhe convier. *Em todo o caso*, diz o art. 1042, o que significa: quer o constructor esteja de bôa ou má fé; em todo o caso tem elle a escolha.

O direito de levantar os materiaes sem prejuizo das construcções não é concedido, nem pelo direito romano, nem pelas legislações modernas. Se diz que o proprietario do edificio adquirio a propriedade dos materiaes, logo que delles se servio; portanto, ainda que possão ser tirados sem prejuizo do edificio, ainda que o edificio seja demolido, o seu antigo proprietario não tem mais direito a elles.

E' pura subtilesa. A razão do dono dos materiaes os perder em beneficio do constructor é porque se não devem destruir obras já feitas e acabadas; cessa a razão logo que os materiaes podem ser levantados sem prejuizo das construcções.

Por direito romano, depois da demolição o proprietario dos materiaes podia reivindica-los, si já não estavão indemnizados. *Sed*

Digitized by Google

si aliqua de causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere (Inst. § 29 de rer. divis.).

Art. 1043.—A disposição do artigo antecedente é applicavel ao caso do proprietario, que em seu solo fizer sementeiras ou plantações, com sementes ou plantas alheias.

Por direito romano só é concedido ao proprietario das plantas o direito de reivindica-las emquanto não lanção raizes, porque depois disso julgão-se accessorios do solo.

O art. 1043 não faz distincção, referindo-se em tudo ao art. 1043. Si as plantas podem ser tiradas sem prejuizo do solo, o proprietario as póde reclamar. Rara vez a tirada das plantas prejudicará o solo, e assim se constituirá em regra o direito de levanta-las. Podem ser plantas raras, exoticas, e nesse caso convirá ao proprietario preferir retira-las a receber seu valor.

Art. 1041.—Quando sementei ras, plantações ou construcções fôrem feitas por alguem no solo alheio, cumpre distinguir:

1.º—Si fôrão feitas de bôa fé, e não puderem ser tiradas sem prejuizo, ficaráõ pertencendo ao proprietario do solo, pagando este o seu valor ao tempo da evicção;

2.º—Si fôrão feitas de má fé, o seu autor poderá retira-las, si o puder fazer sem prejuizo do dono do solo; do contrario, as perderá sem direito á indemnização alguma.

Em todo o caso responderá por perdas e damnos.

A decisão deste artigo é simples e clara. O mesmo principio, que regula a posse de bôa ou má fé, é o que regula o caso de plantações, sementeiras e construcções em terrenos alheios.

Temos os arts. 1315 § 6, que regula o caso de bemfeitorias, feitas pelo possuidor de bôa fé, e 1318 § 7, que regula o caso de bemfeitorias feitas pelo possuidor de má fé.

Quanto ao possuidor de má fé, muitas legislações concedem ao proprietario o direito de exigir que as plantações, sementeiras e obras sejão desfeitas e o terreno restituido ao seu antigo estado. O art. 1044 no final do seu n. 2º, quando diz que o autor de taes

Digitized by Google

obras responde por perdas e damnos, expressa a sua responsabilidade de um modo mais generico. Si as construcções offendem o proprietario, e o seu autor não as quer levantar, aquelle poderá mandar demoli-las, e exigir as despesas da demolição ; si o terreno proprio de cultura foi convertido em pasto, póde o proprietario exigir indemnização.

O possuidor de má fé construio em terreno, que sabia não lhe pertencer. Poderá demolir a obra e levar os materiaes, visto que não prejudica o dono do solo.

Mas si o que fez a obra estava de bôa fé, e não lhe é possivel retira-la sem sua demolição, manda a equidade que seja paga pelo proprietario do solo,conforme seu valor ao tempo da evicção.

As decisões do direito romano a este respeito são differentes, como se póde vêr dos paragraphos 30 a 32 das Inst. de rer. divis.

Art. 1045.—Para os effeitos do artigo antecedente entende-se de bôa fé o autor das sementeiras, plantações e construcções no solo alheio, si ellas fôrão feitas na presença do dono do solo, e sem impugnação deste.

Varião os direitos do proprietario quando as sementeiras, plantações ou construcções são feitas de bôa, ou má fé. A bôa ou má fé é constituida por factos, que a lei deixa á apreciação do julgador. Si o proprietario vê alguem construindo em seu terreno ou plantando, e não faz opposição, não se *presume* só o seu consentimento, mas *entende-se* que elle consente. Logo que o plantador prove que plantou á vista do proprietario do solo e sem opposição deste, entende-se que plantou com o seu consentimento, e as relações entre elles se regulão pelo n. 1 do art. 1044.

Art. 1046.—Pertencem aos donos dos predios confinantes com rios, ribeiros, ou quaesquer correntes de aguas, navegaveis, fluctuaveis ou não, os accrescimos e aterros, que nas margens se vão formando lenta e successivamente pela força e acção das aguas, bem como a porção de terreno, que as aguas, retirando-se pouco a pouco, deixão descoberto.

Trata este artigo do que se chama alluvião e a define. Pela definição se vê que a alluvião deve ser obra só da natureza.

Digitized by Google

A alluvião é formada lenta e successivamente pela força e acção das aguas; porque si é um terreno, que se destaca e vai unir-se a outro, tem applicação o art. 1049, e póde ser reivindicado.

O direito de alluvião é fundado no mesmo principio que o accessorio segue o principal. Os romanos dizião: *Quod per alluvionem fundo accessit, similis sit ei cui accessit.*

O accrescimo originado pela alluvião não é novo terreno, mas parte accrescida do antigo.

Art. 1047.—As disposições do artigo antecedente não têm applicação ás alluviões das praias do mar, e aos terrenos abandonados por suas aguas, as ditas alluviões e terrenos pertencem ao patrimonio do Estado.

As alluviões podem dar-se ou por augmento de terrenos formado pela acção lenta das aguas, ou pela retirada destas deixando praias descobertas.

Pertencem ao patrimonio do estado as praias do mar até onde chega a maior maré (art. 200), e por conseguinte ao mesmo dominio devem pertencer as alluviões formadas pelas aguas do mar, ou quando estas produzão accrescimos de terrenos nas praias, ou quando retirando-se deixão terrenos descobertos.

Art. 1048.—As ilhas, que nascerem no meio dos rios particulares, pertencem aos proprietarios de uma e outra margem na proporção da testada de cada um, até á linha, que, tirada pelo centro do alveo, o divide em duas partes iguaes.

Si a ilha surge entre essa linha e uma das margens, accresce ao proprietario dessa margem.

E' sempre applicação do principio que o accessorio segue o principal. Os leitos dos rios não navegaveis ou fluctuaveis são particulares. Si o rio serve de divisa de dous terrenos de proprietarios differentes, metade do leito pertence a cada um delles. As ilhas, que nascerem na parte do leito pertencente a um dos confinantes, devem necessariamente pertencer a este. Si o rio corre dentro de um terreno particular, as ilhas pertenceráõ ao

Digitized by Google

dono deste. Si a ilha surge no meio do rio, que divide predios confinantes, pertencerá aos proprietarios destes, até á linha divisoria do centro do alveo do rio.

> Art. 1049.—Continúa a pertencer ao proprietario a porção de terreno seu reconhecido, que se fez incorporar ao de outrem, levada pela violencia das aguas, comtanto que o exija dentro em seis mezes, a contar-se do dia, em que o proprietario do outro terreno, a que encorporou-se, tiver della tomado posse.

A alluvião já vimos ser o accrescimo que se fórma nas margens dos rios lenta e successivamente pela acção das aguas, *incrementum latens.* E' só neste caso que se não póde conhecer o terreno desaggregado a quem pertence; é tão lenta a desaggregação, que se tornára necessaria uma reclamação diaria. Mas quando por uma força extraordinaria das aguas, desaggrega-se uma parte conhecida do terreno de um proprietario, e é incorporada ao terreno de outrem, o seu proprietario póde reclama-la; é, porém indispensavel que essa parte seja reconhecida.

A doutrina do direito romano era: *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo predio detraxerit, et vicinii predio atulerit, palam est eam tuam permanere.*

O codigo francez e outros separão-se do direito romano. No art. 559 exige primeiramente que a parte destacada seja consideravel, o que com razão não exige a lei romana, *partem aliquam* diz o texto das Institutas. Consideravel ou não, o proprietario tem direito de conservar sua propriedade.

O art. 1049 do projecto adopta o direito romano; o essencial é que a parte do terreno destacada seja reconhecida. A razão nos dão ainda as mesmas Institutas: *Est autem alluviò incrementum latens; per alluvionem autem id videtur adjici quod ita paulatim adjicitur ut intelligere non possis quantum quoque momento temporis adjiciatur* (§ 21 de rer. divis.).

Na alluvião é desconhecido o terreno que lentamente se aggrega a outro, não é assim na aversão.

Em segundo logar, pelo codigo francez, o direito do dono do

Digitized by Google

predio, de que se destaca a parte reconhecida, é o de reclama-la de fórma que o dono não póde ir exercitar o seu direito no logar onde o rio levou a parte destacada; isto será quasi sempre impossivel.

No texto romano se permitte ao proprietario ir excercer o seu direito no logar, *palam eam tuam permanere.*

O art. 1049 segue o direito romano: *continua a pertencer ao proprietario*, diz elle.

Si o proprietario do terreno, a que se incorporou a porção destacada do terreno alheio, della toma posse, poderá prescrever no prazo de seis mezes.

Este prazo curto tem por fim evitar litigios; porque em maior tempo tornar-se-ha difficil conhecer qual a extensão incorporada ao predio.

Por direito romano cessa a reclamação, si é passado tanto tempo, que permitta ás arvores criar raizes.

Art. 1050.—As ilhas, que se formarem nos rios navegaveis ou fluctuaveis, pertencem ao Estado como bens patrimoniaes.

Já no art. 200 se decidio que os leitos dos rios navegaveis ou fluctuaveis pertencem ao Estado como bens de uso publico, e no art. 201 se decidio que as ilhas, que se formarem nos mesmos rios tambem pertencem ao Estado como bens patrimoniaes. Ainda é fundado na regra: *accessorium sequitur principale.*

Logo que o Estado é proprietario do rio, tambem deve ser proprietario das ilhas que nelle se formão. Ha, porém, differença na natureza das duas propriedades: a propriedade dos rios pertence á categoria dos bens do uso publico, e a propriedade das ilhas pertence á categoria dos bens do patrimonio do Estado. O Estado não póde alienar um rio publico, nem a propriedade deste póde ser adquirida por prescripção; entretanto o Estado póde alienar uma ilha que lhe pertence, por ter surgido em um

Digitized by Google

rio publico, e si qualquer particular della se tiver apossado, póde adquiri-la por prescripção (art. 204).

Si as ilhas, que se formão nos rios publicos, pertencem ao Estado, é questão no direito vigente; o art. 1050 a decide pela affirmativa.

> Art. 1051.—Si a ilha é formada, em um rio qualquer, de um terreno destacado e reconhecido, pertencerá ao dono do terreno, de que se destacou.

Seja o rio publico ou particular, navegavel, fluctuavel, ou não, si nelle se fórma uma ilha de um terreno destacado e reconhecido, deve pertencer ao dono do terreno de que se destacou.

Regulão os mesmos principios estabelecidos no art. 1049. Não tem, porém, logar aqui a prescripção annual. Si algum ribeirinho se apossa da ilha, será necessario que sua posse seja de 30 annos para dar-se a prescripção, si não tiver titulo, *a non domino.*

> Art. 1052.— Continúa a pertencer ao proprietario o espaço fechado em fórma de ilha pelas aguas de um rio qualquer que, dividindo-se em dous braços, mais abaixo se reunem.

Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus et fuerat (Inst. § 22 de divis. rer).

E' indifferente ser o rio publico ou particular, navegavel, fluctuavel, ou não. Si em vez delle correr sempre no leito, succede, por uma causa qualquer, partir em um certo ponto, e suas aguas formarem dous leitos, reunindo-se depois mais em baixo, é claro que o terreno, que elles fechão, não é uma ilha formada no seu leito; é evidentemente o mesmo terreno antigo, e por conseguinte deve continuar a pertencer ao proprietario.

> Art. 1053.— Si um rio qualquer abandona o leito antigo e muda de direcção, aos donos do terreno invadido pertence o alveo abandonado, a cada um em proporção do terreno seu, que foi invadido pelo novo curso do rio.

O direito romano decide de modo contrario; manda que o

Digitized by Google

leito abandonado do rio, que muda de curso, fique pertencendo aos donos dos terrenos marginaes. *Quod sit naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri quæ latitudo prope ripam sit* (Inst. § 23 de divis. rer.)

Si posteriormente, por qualquer causa o rio volta a seu leito primitivo, o leito novamente abandonado pertence aos donos dos terrenos marginaes. *Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumem, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident* (Inst. cit).

O codigo civil francez no art. 563 decide de modo contrario do direito romano : « Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandoné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé.» No mesmo sentido decidem o codigo portuguez art. 2292, e outros codigos.

O projecto no art. 1053 acompanhou o direito moderno. O direito romano parece mais conforme ás regras do direito.

Se diz que aquelle, cujo terreno é tomado pelo novo curso do rio, soffre um prejuizo, seja o rio publico ou particular, e nesse caso deve ser indemnizado, e o meio de indemniza-lo é attribuir-lhe o leito abandonado pelo rio. Se diz mais que os ribeirinhos não têm sobre o leito do rio sinão uma propriedade resoluvel, isto é, que deixaráõ de ser proprietarios verificando-se o acontecimento de que se trata.

Estas razões não convencem. Não manda a equidade que se tire de uns para dar aos outros.

Já vimos que o leito do rio pertence ao dono do terreno, por onde passa, si o rio é particular, e ao Estado, si o rio é publico. Logo si um rio particular abandona o seu leito, este deve ficar pertencendo ao dono do terreno por onde passa, e si o rio é publico deve ficar pertencendo ao Estado. Póde a lei sacrificar

Digitized by Google

o direito do Estado para indemnizar o dono do terreno por onde o rio publico abre novo leito; isto será de justiça, porque o rio continúa a ser publico, embora mude de curso. Mas dar a outrem a titulo de indemnização o leito do rio particular abandonado, é uma expropriação injusta. Si o dono do terreno, pelo qual o rio particular abre novo curso, soffre com isso um prejuizo, não tem de quem se queixar; é um caso fortuito, como o é o incendio, a inundação, a que estão todos sujeitos.

Será sem duvida mais justo decidir que si o rio que muda de curso é particular, o leito abandonado ficará pertencendo aos donos dos terronos marginaes, que o dividirão ao meio conforme suas testadas, e si passava por terreno de um só proprietario, ficará pertencendo a este.

A decisão do art. 1053 do projecto só terá logar quando o rio fôr publico.

O proprietario, cujo terreno é invadido por um rio particular, tem a propriedade do leito deste; mas si o rio é publico, perde elle o terreno, que o rio invade, o leito torna-se publico, e por essa razão deve ser indemnizado com o leito abandonado.

Art. 1054.— No caso do artigo antecedente, o novo leito do rio terá a mesma natureza do antigo.

Verificado o caso do art. 1053, si o rio era publico, o novo leito será publico, e particular si o rio era particular.

Art. 1055.— As disposições dos artigos antecedentes são igualmente applicaveis aos lagos e lagôas, nos factos analogos, que ahi possão occorrer.

Conforme o art. 200, si os lagos e lagôas são navegaveis ou fluctuaveis, pertencem ao dominio do Estado para o uso publico, e as ilhas que nelles se formão pertencem ao patrimonio do Estado.

Si em um lago uma porção de terreno particular se destaca

Digitized by Google

e fórma uma ilha, essa ilha pertence ao proprietario do terreno, de que se destacou a ilha (art. 1051).

Si um terreno marginal é augmentado pela alluvião, esta pertence ao dono do terreno (art. 1046).

E assim outros casos analogos.

SECÇÃO II

DA ACCESSÃO RELATIVA ÁS COUSAS MOVEIS

Art. 1056.— O direito de accessão, quando tem por objecto cousas moveis, pertencentes a diversos donos, será regulado pelos principios da equidade natural.

As regras estabelecidas nesta secção serviráõ de norma ao juiz, para decidir nos casos não prevenidos, segundo as circumstancias particulares.

Do que seja equidade ahi temos essa bella definição de Ulpiano, que Vico chama aurea: *Probabilis quædam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita sed paucis tantum, qui prudentia, usu, doctrina præditi, de dedicirunt quæ ad societatis humanæ conservationem sunt necessariæ.*

São tão numerosas e differentes as circumstancias, em que póde occorrer a accessão de cousas moveis, que não é possivel regular a materia com principios absolutos. Os romanos perdião-se no pelago da casuistica.

Os artigos seguintes só estabelecem, por assim dizer, exemplos, que devem guiar o juiz em casos analogos. Mas as regras aqui estabelecidas, não é preciso dizê-lo, são prescripções legislativas, ao mesmo tempo que servem de exemplos, e ao juiz dellas não é licito apartar-se, para seguir o que entender de equidade.

Art. 1057.— Quando se reunirem ou se confundirem cousas de differentes donos, si ellas se poderem separar sem notavel deterioração, o dono, que não consentio, póde exigir a separação, que se fará á custa do autor da união ou confusão, si não preferir a communhão.

Digitized by Google

Art. 1058.— Si nenhum dos donos consentio na união ou confusão, qualquer delles póde exigir a separação, sendo as despezas em proporção dos interesses de cada um.

A união, ou *adjunctio*, tem logar quando se unem cousas de diversos donos. Se dão os seguintes exemplos; si alguem coseu purpura ou teceu seda alheia no seu vestido; pregou pé ou mão de madeira alheia na sua estatua, fundo ou aza no seu copo, madeira ou argamassa na sua barraca, copos na sua espada; engastou topazio alheio no seu annel.

Costuma-se distinguir a confusão (*confusio*) da mistura (*commixtio*). Confusão é a união de cousas liquidas ou liquefactas; como se dous juntão no mesmo vaso os seus vinhos, ou se ligão a prata de um com o ouro do outro, formando uma nova especie.

Diz-se *mistura* a introducção de uns objectos por entre outros não liquidos, mas solidos, cujas particulas elementares se não confundem, como nos grãos; por exemple arroz unido a trigo.

A differença entre mistura e confusão, como a estabelecem os autores, não é scientifica. Tanto se póde chamar mistura a união da agua com o vinho, como a união do arroz com o feijão.

O art. 1057 não faz differença. Usa da expressão generica *confusão*, que tambem comprehende a mistura.

Tambem o artigo regula pela mesma fórma os casos de união ou confusão, e não ha razão para distingui-los. O principio geral que domina em todos os casos de accessão é que *accessorium sequitur principale*.

Confunde-se por exemplo o feijão com o milho; a separação é facil; une-se um diamante ao copo de uma espada; a separação ainda é facil. Si as cousas unidas ou confundidas pertencem a diversos donos, aquelle, que não consentio, póde requerer a separação á custa do outro, que fez ou mandou fazer a união ou confusão. E' isto de razão, porque tendo dado causa á união ou confusão, é responsavel pelas despesas da separação.

Digitized by Google

Mas supponha-se que a união ou confusão se fez casualmente, ou por um terceiro sem o consentimento dos donos diversos das cousas unidas ou confundidas. Como nenhum delles teve parte no facto, a separação deve ser feita á custa de ambos, em proporção do interesse de cada um.

Art. 1059.—Quando, porém, as cousas unidas ou confundidas se não puderem separar, ou seja só possivel a separação com grave detrimento, terá a cousa adjuncta ou confundida o dono daquella, que fôr de maior valor, comtanto que indemnize o dono da outra.

Supponha-se que se confundio o vinho generoso de Pedro com o ordinario de Paulo; não é possivel a separação. Teceu-se o algodão de Pedro com a seda de Paulo; a separação é possivel, mas com grave detrimento do tecido. O dono da cousa de maior valor, isto é, do vinho generoso ou da seda, terá a cousa adjuncta ou confundida, mas indemnizará o dono da outra.

Art. 1060.—Si as cousas unidas ou confundidas fôrem identicas ou de igual valor, e o conjuncto se puder dividir pelos donos, far-se-ha a divisão, ao *pro rata*, conforme a parte com que cada um tiver contribuido.

Si não se puder fazer a divisão, a cousa ficará sendo commum na mesma proporção.

Misturão-se 200 grammas de ouro em pó de Pedro com 100 de Paulo, sendo elle de igual quilate; Pedro terá duas partes no conjuncto e Paulo uma. Si desse ouro se fez uma obra qualquer, na mesma proporção ficará a obra pertencendo a ambos. Dá-se o condominio; para fazer-se a divisão applica-se a regra do art. 1030.

Art. 1061.—Si a união ou confusão tiver sido feita de má fé, e não se puder fazer a separação, ou só com grave detrimento, o autor da união ou confusão será obrigado a restituir o valor da cousa, que unio ou confundio, com perdas e damnos, si o outro não preferir ficar com o conjuncto indemnizando o autor pelo valor de sua cousa.

Quando a união ou confusão é feita de má fé, e não se póde

Digitized by Google

fazer a separação, ou só com grande detrimento, cessa a regra de ceder o accessorio ao principal.

O dono de uma das cousas, seja ella a de maior ou de menor valor, tem a escolha contra o autor da união ou confusão, que estava de má fé, de exigir o seu valor, ou de ficar com o conjuncto, pagando o valor da outra cousa.

Art. 1062.—Si alguem pelo seu trabalho ou industria, em bôa fé, der nova fórma a qualquer cousa movel pertencente a outrem, e a cousa não puder ser restituida á sua antiga fórma, ou não o puder ser sem grave detrimento do valor creado pela especificação, cumpre distinguir:

1.º—Si a cousa valer mais do que o trabalho do especificador, terá o dono a escolha, ou de ficar com ella, pagando o trabalho do especificador, ou de cede-la a este, recebendo seu valor;

2.º—Si não valer mais do que o trabalho do especificador, ficará este com ella, pagando seu valor.

Um artista, ou pessoa qualquer, emprega uma materia, que não lhe pertence para formar uma obra de nova especie; é o que se chama especificação.

Dão-se os exemplos: um copo feito com ouro de outrem, um vestido de panno alheio, uma estatua feita com marmore alheio. Citemos os exemplos das institutas: *Ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit; vel ex-alieno vino et melle muscum miscuerit; vel ex medicamentis alienis implastum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentam fecerit, vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellium fabricaverit.*

Si a cousa especificada não póde ser reduzida á sua antiga fórma, por exemplo, si do pedaço do marmore fez o especificador uma estatua; ou si o não póde ser senão com grave prejuizo do valor creado pelo especificador, por exemplo, si o ourives de uma barra de ouro alheio fez um trabalho delicado (o ouro empregado póde voltar á sua antiga fórma de barra, mas o valor empregado pelo especificador póde ser gravemente prejudicado, e será talvez superior ao do ouro); dando-se qualquer dos casos

Digitized by Google

figurados, e ainda mais estando o especificador de bôa fé, tem applicação o disposto no art. 1063, regulão as seguintes distincções:

1.ª Si a cousa valer mais que o trabalho do especificador, o dono da materia tem a escolha de pagar ao especificador e ficar com a obra, ou de cedê-la ao especificador recebendo o valor da materia.

Alguem de bôa fé lapidou um diamante meu, e este vale mais que o trabalho da lapidação. Tenho a escolha de ficar com o brilhante pagando o trabalho da lapidação, ou de ceder ao lapidario o brilhante e exigir o valor do diamante.

Esta escolha concedida ao dono do diamante é razoavel; porque foi por facto do lapidario que a cousa se especificou, e cada um deve soffrer as consequencias de seus actos. O especificador tambem não soffre prejuizo, porque seu trabalho é pago.

2.ª Si a cousa não valer mais que o trabalho do especificador, ficará este com ella pagando o seu valor.

Supponha-se que alguem de bôa fé de um pedaço de marmore alheio fez uma estatua de grande valor. O especificador adquirirá o marmore pagando o seu valor, porque o trabalho da especificação é mais valioso que o marmore.

Já se vê que em ambos os casos prevalece a regra de ceder o accessorio ao principal.

Art. 1063.— Si a cousa fôr especificada, estando o especificador de má fé, valha ella mais, ou menos, que o trabalho deste, terá sómente logar a regra do numero 1º do artigo antecedente.

Neste artigo se figura o caso de estar o especificador de má fé, por exemplo fez uma estatua de um marmore furtado.

Ainda que a estatua seja de valor superior ao do marmore, não póde ficar com a estatua pagando o valor daquelle.

Só tem applicação o n. 1º do art. 1062, isto é, o dono do marmore tem a escolha de pagar o trabalho do especificador

Digitized by Google

ficando com a estatua, ou de ceder-lhe esta sendo indemnizado pelo especificador do valor do marmore.

> Art. 1061.— Si parte da cousa pertence ao especificador, e parte é alheia, e houve bôa fé do especificador, seguir-se-ha o disposto no art. 1062, ajuntando-se o valor da parte da cousa pertencente ao especificador com o valor de seu trabalho, para se conhecer si estes dous valores são superiores ou inferiores ao da parte da cousa pertencente ao outro dono.
>
> Si houve má fé do especificador, regula o disposto no artigo antecedente, tendo o especificador direito ao valor da parte, que lhe pertence na cousa, no caso de preferir o dono da outra parte ficar com a obra especificada.

Supponha-se que Paulo de bôa fé faz um copo e emprega 300 de ouro de Pedro e 100 de ouro proprio, e o valor da mão d'obra é de 100: tem Paulo no copo 200 e Pedro 300.

Pedro nos termos do art. 1062 n. 1º tem a escolha de pagar a Paulo 200 e ficar com o copo, ou de cedê-lo a Paulo e exigir 300. Mas supponha-se que o valor da mão d'obra é de 250; tem Pedro no copo 300 e Paulo 350. Paulo ficará, nos termos do art. 1062 n. 2º com o copo, e pagará 300 a Pedro.

Supponha-se que Paulo estava de má fé; faz a obra sabendo que pertencião a Pedro as tres partes do ouro empregado; em qualquer das hypotheses acima figuradas regula o art. 1063. Qualquer que seja o valor do trabalho, Pedro tem a escolha de ficar com o copo, ou de exigir os 300 do seu ouro; mas em todo o caso ha de pagar o valor da mão d'obra.

Na primeira hypothese lhe pagará 200 e na segunda 250, incluido o valor do ouro de Paulo.

> Art. 1065.—Cessa a responsabilidade do autor da união, confusão, ou especificação, salva a de perdas e damnos, no caso de má fé, e fará sua a cousa adjunta ou especificada, si pagar cousa identica ao dono da cousa, que unio, confundio, ou especificou.

E' uma disposição geral, que se refere á união, confusão e especificação.

Junto ao meu annel um brilhante alheio; posso dar ao dono

Digitized by Google

um brilhante igual no peso, valor e qualidade; amalgamo com meu ouro prata alheia, posso dar igual peso de prata ao dono; fiz um copo com ouro alheio, posso dar ao dono ouro de igual quilate. Em qualquer desses casos tenho o direito de ficar com a cousa adjunta ou especificada.

Mas si o autor da união, confusão, ou especificação estava de má fé, é responsavel por perdas e damnos, por exemplo, si o ouro valia mais ao tempo da especificação, e quando foi pago o dono vale menos.

CAPITULO IV

Do usufructo

Art. 1066.—O usufructo pleno ou campleto é o direito de usar da cousa alheia, e converter em utilidade propria todos os seus fructos, como o faria o proprietario, sem alterar-lhe a substancia, e mudar-lhe a fórma e destino.

O usufructo é um desmembramento da propriedade, que a lei considera desfavoravelmente; a propriedade deve ser completa, absoluta e irresoluvel.

A propriedade, define o art. 995, é o direito de gozar e dispôr livremente com exclusão de qualquer pessoa. Ao proprietario compete o direito a todos os fructos da cousa. Ora quando esta se acha onerada com o usufructo, é o usufructuario quem tem de gozar della e perceber os fructos. O proprietario só tem o que se chama *nua propriedade*. Ha portanto um desmembramento da propriedade. E' certo que o proprietario conserva o direito de dispôr da cousa, mas direito limitado pelo seu usofructuario.

Fica, pelo usufructo, uma e a mesma cousa pertencendo a duas pessoas com direitos differentes; o usufructuario tem direito

Digitized by Google

aos fructos da cousa, que afinal reverterá para o proprietario, findo o usufructo.

Como todo o desmembramento da propriedade é prejudicial aos interesses da sociedade, adiante veremos as restricções, que a lei impõe ao usufructo. Ao usufructuario só competindo um direito temporario sobre a cousa, não terá interesse em melhora-la; é a razão por que a lei facilita a extincção do usufructo, como adiante veremos.

O usufructuario detem a cousa alheia com a obrigação de entrega-la ao proprietario, findo o usufructo, e por conseguinte, são applicaveis as disposições dos arts. 552 e seguintes, com as modificações do disposto no presente capitulo.

O art. 1066 define o usufructo pleno e completo, porque o usufructo póde ser mais ou menos ampliado ou limitado pelo acto de sua constituição. Póde, por exemplo, o testador, legando o usufructo, mandar que o usufructuario ceda a alguem partes dos fructos, ou que só deva perceber certos fructos, e o proprietario outros: limitação do art. 1071. Póde prohibir que o usufructuario se utilise dos mineraes do predio dado em usufructo, ou que abra novas minas: limitação do art. 1087.

Por outro lado póde o testador conceder maiores direitos ao usufructuario, por exemplo, isenta-lo da caução que exige o art. 1093, ou dos tributos e quaesquer outros onus a cargo do usufructo nos termos do art. 1106.

O usufructo pleno e completo, de que se trata neste capitulo, é o direito de usar da cousa e perceber os seus fructos, como faria o proprietario. A plena propriedade comprehende o direito de gozar e dispôr da cousa; o usufructo só dá direito de gozar.

O proprietario póde dispôr da cousa, transforma-la, destruila; tem o direito de abusar. O usufructuario não póde alterar a substancia da cousa, ou mudar-lhe a fórma e destino. Só quanto ao uso da cousa e á percepção dos fructos é o usufructuario equiparado ao proprietario.

Digitized by Google

Os romanos definião o usufructo *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* (Inst. usufr.). O uso da cousa consiste em se servir della, a fruição consiste em perceber-lhe os fructos. Aquelle, que mora em uma casa, serve-se della, tem o uso; si a aluga, percebe os fructos civis.

E' o destino da cousa que determina o uso, ou que dá a certos productos o caracter de fructos.

E' a razão por que o projecto não trata especialmente do uso e habitação, como adiante veremos, e manda que sejão regulados pelas regras do usufructo. Si o testador, legando o direito de morar em uma casa, veda ao legatario o direito de arrenda-la, só lhe concede o uso e não o usufructo, segundo a linguagem ordinaria.

O art. 1143 mais correctamente decide que em tal caso ha um usufructo limitado.

Art. 1067.— O usufructo é constituido por lei, por acto voluntario do proprietario ou por prescripção.

Os pais têm o usufructo dos bens dos filhos menores (art.781); é um dos casos do usufructo legal. Podemos tambem considerar o que a lei concede aos possuidores provisorios sobre os bens do ausente (art. 985), em razão da presumpção do fallecimento.

O usufructo póde ser constituido por acto voluntario do proprietario ou o acto seja entre vivos ou de ultima vontade. O proprietario, que tem o direito de dispôr de sua cousa e até de destrui-la, com maioria de razão terá o direito de desmembrar sua propriedade, concedendo a uma pessoa o usufructo e a outra a propriedade. Póde ainda alienar a propriedade e conservar o usufructo, e *vice-versa*. Nos testamentos é muito frequente a instituição do usufructo.

A constituição do usufructo póde ser a titulo gratuito ou oneroso. Nada obsta que o dono de um predio venda a alguem a propriedade, e se reserve o direito de usufrui-lo por certo tempo ou vitaliciamente.

Digitized by Google

A prescripção é um modo geral de adquirir a propriedade, logo tambem de adquirir o usufructo, sendo um desmembramento daquella.

Pelo direito vigente ainda temos duas especies de usufructo legal: 1°, o usufructo do pai ou mãi binubos nos bens herdados do filho das primeiras nupcias, que firmou intestado, deixando sobre-vivos irmãos germanos (Ord. L. 4, tit. 91, §§ 2 e 4); o usufructo da viuva quinquagenaria com filhos, casada em segundas nupcias, nas duas terças dos bens, de que não póde dispôr (Ord. Liv. 4, tit. 105).

O projecto não trata dessas duas especies do usufructo legal, e por conseguinte, com o seu silencio não os reconhece.

Art. 1068.—A constituição do usufructo póde ser pura ou a termo, ou sob quaesquer condições; póde elle recahir sobre todas as especies de bens, moveis ou immoveis.

As modalidades da constituição do usufructo têm consequencias importantes, porque determina a época da qual são devidos os fructos.

O usufructo se diz constituido pura e simplesmente, quando não ha um termo para o seu começo, ou condições. Si é constituido por contrato, os fructos são devidos do dia deste, si é constituido por testamento, os frutos são devidos do dia da abertura da herança.

O usufructo se diz constituido a termo, quando em virtude de seu titulo constitutivo, só deve começar depois de passado certo tempo, *ex die*, ou deve extinguir-se depois de passado certo tempo, *ad diem*.

O usufructo será condicional em dous casos: 1°, si só se tornará effectivo dando-se um acontecimento futuro e incerto; 2°, quando sua resolução depende de um igual acontecimento. No primeiro caso está sujeito a uma condição suspensiva, no segundo a condição é resolutiva.

O usufructo poderá recahir sobre todas as especies de bens,

Digitized by Google

moveis ou immoveis, diz o art. 1068, e por conseguinte tambem sobre cousas fungiveis, ou que se consomen com o uso.

Sobre bens fungiveis se diz que não póde haver usufructo. Como se poderá ser usufructuario de uma quantidade de vinho? Usar do vinho é consumi-lo; ora o usufructo é o direito de usar da cousa salva sua substancia. No usufructo de cousas fungiveis não se concebe desmembramento da propriedade, porque toda esta se transmitte.

Assim Justiniano, depois de dizer que o usufructo póde recahir em qualquer especie de bens, accrescenta; *exceptis iis quæ ipso usu consummuntur, nam hæc res, neque naturali ratione, neque civili recipiunt usufructum.*

Porém mais adiante diz o mesmo texto que por motivos de utilidade o senado decidio que era tambem permittido constituir o usufructo sobre cousas fungiveis, obrigando-se o legatario a prestar caução pela restituição de cousa identica, findo o usufructo. *Genus nunquam perit.*

E' o que se chama *quasi usufructo.* Em taes casos o usufructo é restituido mais sobre o valor da cousa, que sobre a propria cousa.

O dinheiro, por exemplo, póde ser dado em usufructo. O dinheiro é um capital, que se reproduz, quando bem applicado, ou que póde vencer juros; as suas reproducções ou os juros serão os fructos, que pertencem ao usufructuario. Nos tempos que correm, o dinheiro é o principal auxiliar do commercio e da industria. O usufructo de certa quantia póde ser muito mais proveitoso a um industrial, que o usufructo, que lhe seja deixado, de um predio. Com o dinheiro póde elle augmentar sua industria ou dar-lhe vida. As principaes, ou quasi unicas, operações dos bancos consistem em transacções de dinheiro; e hoje são os bancos o os banqueiros que trazem em suas mãos os destinos das nações, e que em consequencia dispoem da paz e da guerra.

Quisquis habet aurum securas navigat auras.

O art. 1077 regula o usufructo das cousas fungiveis.

Digitized by Google

Art. 1069.— O usufructo póde dar-se em favor de uma ou mais pessoas, simultanea ou successivamente, com tanto que existão ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario.

E' do art. 805 do codigo da Hollanda, que diz: « O usufructo póde ser constituido em favor de uma ou muitas pessoas determinadas, para delle gozarem quer conjuncta quer successivamente.

« No caso do gozo successivo, o usufructo só terá logar em favor das pessoas, que existirem ao tempo da abertura do direito do primeiro usufructuario. »

E' no mesmo sentido o art. 2199 do codigo portuguez.

Já a lei romana dizia: *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructo, placuit certis modis extingui usufructum, et ad proprietatem reverti.*

E na verdade não se concebe o desmembramento perpetuo da propriedade; de que serviria esta si estivesse sempre desligada do direito de sua fruição, ou por tempo tão longo, que a tornaria illusoria?

A perpetuidade do usufructo é contraria aos interesses da ordem publica, um tal desmembramento da propriedade porá a cousa usufruida fóra do commercio. Quem comprará uma cousa de cujo gozo ficará sempre privado?

Nem por convenção, nem por disposição testamentaria póde ser determinado que o usufructo não se extinga, quando a lei marca sua extincção; o que é de ordem publica não póde ser derogado pela vontade das partes, e a extincção do usufructo em certos casos é exigida no interesse da bôa organização da propriedade.

E' assim que o direito romano considerava o usufructo como um direito personalissimo, que si não transmittia aos herdeiros, e extinguia-se com a morte do proprietario.

O systema do art. 1069 é que o usufructo póde, na verdade, dar-se em favor de mais de uma pessoa simultanea ou

Digitized by Google

successivamente, mas devem existir ao tempo em que se torna effectivo o direito do usufructuario.

Supponha-se que o testador deixa o usufructo de um predio a Primus, Secundus e Tertius, para gozarem successivamente. A disposição é valida, si os usufructuarios nomeados existem ao tempo da morte do testador, isto é, ao tempo, em que se torna effectivo o direito de Primus com a abertura da herança.

Si da mesma fórma por acto entre vivos, por uma doação, por exemplo, alguem constitue um usufructo em favor de varias pessoas, é necessario que vivão todas ao tempo da doação.

O usufructo assim constituido em favor de tres pessoas não é o usufructo estabelecido por tres vidas; porque todos os usufructuarios existem ao tempo em que se constituio o usufructo, e se extingue com a morte da ultima. Não ha um usufructo perpetuo, nem por mais de uma vida.

Si o usufructo é legado a Pedro e seus filhos, entendem-se sómente os filhos de Pedro existentes ao tempo da morte do testador, e não os que nascerem depois, porque então o usufructo se constituiria por mais de uma vida.

SECÇÃO 1.ª

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO USUFRUCTUARIO E DO PROPRIETARIO

Art. 1070.— As disposições dos artigos seguintes regulão os direitos e obrigações do usufructuario e do proprietario, si outra cousa não estiver estabelecida por disposição especial da lei, ou pelo titulo da constituição do usufructo.

Já se disse que o usufructo póde ser constituido por acto entre vivos ou por testamento. Neste caso o testador ou as partes o poderão constituir conforme suas vontades. A's partes é licito convenccionar ou determinar o que entenderem. O legislador só dirige; si estabelece regras é só como norma das convenções, ou suppre o que é omisso ou difficiente.

Digitized by Google

Legando um usufructo, fôra impossivel ao testador expressar todos os direitos que concede, e as obrigações que impõe ao usufructuario. A lei regula como ao legislador pareceu mais razoavel interpretando a vontade das partes.

Quando o testador lega um usufructo puro e simples, implicitamente concede os direitos e impõe as obrigações marcadas por lei.

Contractus legem ex conventione accipiunt. Provisio hominis facit cessare dispositionem legis. Ficando, porém sempre salva a disposição do art. 60, o qual diz que as disposições e convenções particulares não podem derogar as leis prohibitivas, ou de interesse e de ordem publica.

Art. 1071.— O usufructuario tem o direito de usar da cousa usufruida e perceber todos os fructos, que ella produzir.

Já vimos que os fructos são naturaes ou civis (art. 189). O que sejão fructos naturaes e civis definem os arts. 190 e 191. Todos os fructos da cousa pertencem ao usufructuario; assim póde elle cultivar o predio, e colher todos os seus fructos naturaes, póde ainda arrenda-lo para só perceber os fructos civis.

Art. 1072.— Os fructos naturaes, pendentes ao tempo, em que começa o usufructo, pertencem ao usufructuario; mas é este obrigado a pagar as despezas feitas com a sua producção, até o tempo do começo do usufructo.

Art. 1073.— Os fructos naturaes, pendentes ao tempo, em que acaba o usufructo, pertencem ao proprietario; mas é este obrigado a pagar as despezas feitas com a sua producção, até o tempo da extincção do usufructo.

O codigo francez e outros decidem de modo diverso quanto á indemnização devida pelas despezas da producção dos fructos. Nem o usufructuario, quando começa o usufructo, nem o proprietario, quando elle termina, tem obrigação de concorrer para as despezas da producção dos fructos. E' isto uma injustiça; mais razoavel era a doutrina de Pothier, que não foi adoptada.

Digitized by Google

Pothier distingue entre as despezas da cultura antes de começar o usufructo e as feitas pelo usufructuario até a extincção do mesmo. Quanto ás primeiras, diz que o usufructuario não é obrigado a paga-las; quanto ás segundas, diz que o usufructuario tem direito de exigi-las. Este systema foi adoptado pelo codigo portuguez no art. 2203.

Os artigos 1072 e 1073 do projecto determinão de modo differente.

Ha colheitas, que só se fazem no fim de dous annos ou mais, e entretanto o cultivador todos os dias faz despezas com a plantação e o seu tratamento. De ordinario as grandes plantações se fazem de anno a anno.

Supponha-se que o usufructo começa quando os fructos estão maduros, e só resta o trabalho de colhê-los. Vem o usufructuario a lucrar uma colheita, sem trabalho ou despeza alguma, e isto em prejuizo de quem faz despezas, talvez importantissimas, durante um ou mais annos. E' a razão por que o art. 1072 do projecto manda que o usufructuario pague as despezas da producção, o que é de justiça; porque, como dizia a lei romana, se entende por fructos o que resta depois de pagas as despezas da producção.

Supponha-se ainda que o usufructuario recebeu o predio depois de colhidos os fructos; faz despezas importantes com a plantação durante um ou mais annos, e quando ia fazer a colheita, extingue-se o usufructo. Os fructos pertencem ao proprietario, e este faz a colheita. Si o proprietario não deve indemnizar o usufructuario das despezas da producção, perderá este todas as que fez durante um ou mais annos.

Não é de justiça, e por isso o art. 1074 do projecto, manda que o usufructuario que despendeu em beneficio do proprietario seja indemnizado.

Os que procurão defender o systema contrario ao do projecto, dizem que assim como o usufructuario póde ganhar, assim tambem póde perder; que tudo é aleatorio.

Digitized by Google

Respondemos que a lei deve firmar a justiça, e não entregar os interesses das partes ao jogo da sorte.

Dizem mais que o systema que isenta tanto o usufructuario como o proprietario de pagar as despezas da producção dos fructos, conforme dispõe o codigo francez, tem por fim evitar contestação sobre a conta dos mesmos.

Não é uma razão; não ha justiça na suppressão de um direito só porque de seu exercicio podem resultar contestações.

Art. 1074.—A disposição do artigo antecedente é applicavel ao caso de um usufructuario succeder a outro usufructuario.

O usufructo póde dar-se em favor de duas ou mais pessoas successivamente (art. 1069), em favor de Primus, Secundus, Tertius... Extincto o usufructo de Primus, passa para Secundus. Secundus ao receber a cousa tem direito a todos os seus fructos naturaes pendentes; mas ha de pagar a Primus as despezas da producção. O mesmo será si Tertius succeder a Secundus, e assim quanto aos mais usufructuarios.

Art. 1075.—Si o usufructuario aliena os fructos naturaes, ainda não colhidos, não póde o adquirente colhel-os depois de terminado o usufructo; salvo o seu direito contra o usufructuario.

As razões, que, segundo os autores, justificão esta decisão, são que o usufructuario só é proprietario dos fructos depois de sua colheita; antes desta fazem parte da cousa usufruida como accessorio. Logo que ella aliena fructos não colhidos, aliena o que não lhe pertence; a venda é essencialmente condicional, é feita sob a condição de serem os fructos colhidos durante o usufructo. Portanto, quando a extincção do usufructo precede a colheita, a alienação dos fructos fica sem effeito.

Estas razões parecem um tanto especiosas e subtis; mas a decizão do art. 175 não prejudica os interesses das partes, e ao mesmo tempo põe termo a uma grande questão de jurisprudencia e de doutrina, e evita abusos de vendas fraudulentas.

Digitized by Google

O usufructuario conhecendo o tempo certo, ou presumido, da extincção do usufructo, ou que este póde ser extincto a qualquer momento, não deve alienar fructos não colhidos. Por outro lado o adquirente não soffre prejuizo, porque tem direito contra o usufructuario. Demais, tambem elle não devia aventurar-se na compra de fructos ainda não colhidos.

Art. 1076.—Os fructos civis reputão-se vencidos, dia por dia, para o effeito de repartirem-se entre o proprietario e o usufructuario, em proporção do tempo da duração do usufructo.

E' deixado em usufructo certo numero de apolices que rendem semestralmente 600 ; o usufructo só durou dous mezes ; o usufructuario só tem direito a 200.

Art. 1077.—Si o usufructo fôr constituido com cousas fungiveis, ou em cousas entregues com o destino de serem alienadas ou consumidas :

1.° Si fôrão entregues estimadas, o usufructuario, findo o usufructo, tem a escolha, ou de pagar a estimação, ou de entregar outras cousas da mesma especie, qualidade e quantidade;

2°. Si não fôrão estimadas, entregará outras da mesma especie, qualidade e quantidade, ou seu valor ao tempo da extincção do usufructo.

E', como já dissemos, o que se chama *quasi-usufructo* ; porque em cousas fungiveis propriamente não se dá o usufructo ; sendo entregues para serem consumidos ou alienados, não é possivel conservar-se sua substancia, como é da essencia do usufructo, e são substituidas por outras identicas.

Tem logar o quasi-usufructo, quando consiste em cousas fungiveis, como o dinheiro, ou cousas que se entregão com o destino de serem alienadas ou consumidas, por. exemplo, um estabelecimento commercial. As mercadorias do estabelecimento por certo que não fôrão dadas em usufructo para serem guardadas, o seu destino é a alienação, o usufructo recahe sobre o seu valor.

Vejamos como devem ser restituidas as cousas do quasi-usufructo.

Digitized by Google

Si a cousa foi entregue ao usufructuario com um valor designado, entende-se que quem instituio o usufructo estabeleceu um meio para o usufructuario exonerar-se com mais facilidade, e evitar contestações. O usufructuario exonera-se dando o preço da estimação ou cousa identica. Recebeu 200 litros de vinho no valor de 500$000. Findo o usufructo tem a escolha de pagar os 500$,ou 200 litros de vinho da mesma qualidade de que recebeu.,

Mas si a cousa não foi entregue estimada, findo o usufructo o usufructuario entregará cousa identica, ou o seu valor do tempo da extincção do usufructo.

No exemplo figurado, supponha-se que o usufructuario recebeu os 200 litros de vinho, não se lhes deu valor.Findo o usufructo, elle exonera-se entregando outros 200 litros de vinho da mesma qualidade, ou o que elles então valerem.

Póde o seu valor ter-se alterado. Os 200 litros de vinho valião, por exemplo 500$ quando os recebeu, mas ao tempo da extincção do usufructo só valem 200$: o usufructuario exonera-se dando só 200$000. Não é com isso prejudicado o proprietario, porque recebe um valor, que substitue perfeitamente a cousa devida.

Art. 1078.—Consistindo o usufructo na percepção de fructos, que só podem ser colhidos em periodos determinados,começado ou cessado o usufructo, os fructos do periodo não vencido partem-se em proporção do tempo entre o proprietario e o usufructuario.

Por exemplo a lã dos carneiros, que só se colhe em certo tempo do anno. De uma tosquia a outra ha um periodo. Si o usufructo extingue-se em um periodo não vencido, isto é, antes da tosquia, logo que esta se faça, divide-se a lã entre o proprietario e o usufructuario em proporção do tempo.

Art. 1079.—Si o usufructo consistir em dividas activas, responderá o usufructuario, findo o usufructo, pelas quantias recebidas e pela importancia daquellas, que, por sua falta, se perdêrão ou se achão prescriptas.

Póde o usufructuario cobrar as dividas, não lhe sendo isso

Digitized by Google

vedado, applicando sua importancía como melhor entender, só é responsavel pelo capital, porque lhe pertencem os juros, como fructos civis. E' responsavel pelas dividas que se perdêrão por sua falta : é applicação do disposto no art. 557.

Art. 1080.—O usufructo, que consistir na percepção de fóros, rendas, pensões, ou quaesquer prestações periodicas, dá ao usufructuario direito ao que se vencer durante o usufructo dia por dia. Findo o usufructo só tem elle de restituir o que houver recebido por antecipação.

Fóros, rendas, pensões e quaesquer prestações periodicas,são fructos civis, e por conseguinte partem-se entre o usufructuario e o proprietario, dia por dia, em proporção do tempo. Assim são dados em usufructo 20 apolices da divida publica, que rendem 600$ por semestre. O usufructo começando no 1° de Abril, terá o usufructuario direito a 300$ dos tres mezes de Abril ao 1° de Julho. Cessa o usufructo ao 1° de Novembro: tem o usufructuario direito a 400$, e o proprietario tem direito a 200$ dos dous mezes ultimos do segundo semestre.

Si a prestação se faz no principio de cada periodo, como muitas vezes succede nos alugueis de casas, e o usufructuario recebe, por exemplo 600$ de alugueis adiantados de seis mezes, extinguindo-se o usufructo quatro mezes depois, tem elle de restituir ao proprietario 200$ correspondentes aos dous mezes ultimos.

Art. 1081.—Si o usufructo consistir em cousas susceptiveis de se deteriorarem pelo uso ordinario e normal, que dellas se faça, devem ser restituidas no fim do usufructo no estado em que se acharem. Si por falta do usufructuario, ellas se perderem ou se deteriorarem, ou em razão de terem sido empregadas em uso diverso daquelle, que lhes era proprio, responderá o usufructuario pela perda ou pelas deteriorações.

Paragrapho unico.—A indemnização neste caso é regulada pelo valor, que terião as cousas no tempo em que cessou o usufructo

O testador por exemplo, lega o usufructo de sua mobilia,

Digitized by Google

alfaias e outros objectos que sendo susceptiveis de se deteriorarem com o uso ordinario e normal que delles se faça, devem afinal ser entregues no estado em que se acharem, embora deteriorados. E' applicação do principio geral que rege os direitos do usufructuario.

E na verdade o usufructuario goza da cousa como si fôsse proprietario (art. 1066); sómente deve ficar salva a sua substancia. Ora não se póde gozar sem gastar, mais ou menos, a cousa usufruida. Si o usufructuario não pudesse gozar das cousas, que se gastão com o uso, seu direito seria illusorio.

E' verdade que, extincto o usufructo, o proprietario receberá a cousa gasta, deteriorada e talvez sem valor algum, o que parecerá contrario á natureza do usufructo, porque si a cousa já não tem valor, seu direito torna-se tambem illusorio. Com isso nada tem o usufructuario; logo que elle entregue a propria cousa, está salva a sua substancia, embora se ache deteriorada ou sem valor. A deterioração foi consequencia necessaria do uso ordinario e normal, que fez da cousa; não podia exercitar o seu direito sem deteriora-la.

O testador que constituio o usufructo sabia que o seu objecto afinal havia de ser entregue deteriorado ; foi essa a sua vontade, attendeu mais aos interesses do usufructuario. O testador lega por dez annos o usufructo do seu cavallo; sabe que, findo o usufructo, o proprietario receberá um animal talvez imprestavel : tal é sua vontade, e deve ser respeitada. De quem se queixará o proprietario ? Não do usufructuario, que não fez mais que usar do seu direito.

Mas é necessario que o usufructuario empregue a cousa no seu uso normal e ordinario. Si faz viagens extraordinarias superiores ás forças do animal, e este por isso morre ou adquire qualquer defeito, é responsavel ao proprietario.

Si a cousa perder-se sem falta do usufructuario, não está elle obrigado á indemnização alguma nos termos do art. 557.

Digitized by Google

Art. 1082.—Não póde o usufructuario cortar ou destruir as arvores uteis do predio, salvo si fôrem destinadas a serem cortadas ou destruidas, ou si fôr necessario para a conservação do predio.

Arvores uteis do predio, como seja um pomar. Taes arvores são destinadas a dar fructos. Si o usufructuario as corta, não usa do predio conforme seu destino, mas abusa. Póde cortar as arvores inuteis, e ainda as uteis destinadas ao córte, como sejão as madeiras de construcção, que são destinadas a esse fim.

Art. 1083.—O usufructuario deve substituir por outras as arvores uteis do predio, que perecerem.

E' applicação do art. 1084. Um proprietario cuidadoso, quando por vetusta, ou por qualquer accidente, perde-se uma arvore fructifera, logo trata de substitui-la por outra. Cumpre que o usufructuario faça o mesmo.

Art. 1084.—O usufructuario é obrigado a respeitar a substancia e fórma da cousa usufruida, e a usar della conforme o destino dado pelo instituidor do usufructo; é obrigado a velar pela sua guarda e conservação, como o faria um proprietario diligente e cuidadoso, na guarda e conservação de suas proprias cousas.

Esta disposição emana da propria definição do usufructo. Si foi legado o usufructo de um predio destinado á cultura, não é licito ao usufructuario converter em pastos de criação as suas matas proprias de plantas. Si foi-lhe legado o usufructo de uma fabrica de tecidos, não póde convertê-la em engenho de canna. Tambem cumpre-lhe zelar pela guarda e conservação da cousa, não como o faria o proprietario, porque este tem o direito de abusar, mas como o faria um proprietario deligente e cuidadoso.

Ainda é applicação do art. 557.

Art. 1085.— O usufructuario póde gozar pessoalmente da cousa, empresta-la, aluga-la, arrenda-la, e até alienar por qualquer fórma o usufructo; mas não cessará sua responsabilidade para com o proprietario, e os contratos, que fizer, não produzirão effeito senão emquanto durar o usufructo.

Por direito romano não podia o usufructuario alienar o seu

Digitized by Google

direito de usufructo. *Item finitur usufructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agit* (Ins. usufr. § 3).

Não era permittida a cessão do usufructo a um estranho, porque entendia-se que assim mudavão-se as contingencias de sua extincção; o usufructo não se acabaria mais com a morte do cedente, mas com a do cessionario, e subsequentes cessões prolongarião indefinidamente o tempo da extincção do usufructo em prejuizo do proprietario.

Para evitar esse resultado permittio-se ao usufructuario não a cessão do usufructo, mas a cessão do exercicio do direito (L. 38 Dig. do usufr.) Assim o usufructuario podia alugar, doar, vender ou alienar por qualquer fórma o exercicio do seu direito, podia transferir todas as vantagens do usufructo, mas conservaria o direito, o titulo, a qualidade de usufructuario. O aluguel, a venda, a doação do usufructo, ou antes dos fructos, que elle dá o direito de perceber, não importava a *cessio in jure*, que transfere o proprio direito.

Erão subtilezas romanas, inteiramente inuteis, e de que nascia a questão: si o usufructuario, que cedia o usufructo a outrem, que não fôsse o proprietario, o perdia em beneficio deste, ou si era sómente nulla a cessão; *nam cedendo extraneo nihil agit*, diz o texto latino.

O codigo francez diz; «O usufructuario póde gozar por si mesmo, arrendar, ou ainda vender o seu direito» O mesmo dizem o cod. portuguez, do Chile e outros.

O codigo italiano adoptou a subtileza do direito romano: « L'usufruttuario puó cedere per qualsivoglia titulo oneroso o gratuito *l'esercizio* del suo diritto.»

São questões de palavra, como diz Marcadé. Ao proprietario é permittido alienar, quando e como o queira, os bens que lhe pertencem. Ora o usufructo é um bem movel ou immovel, conforme as circumstancias, que faz parte do patrimonio do

Digitized by Google

proprietario; este póde, pois, dá-lo, vendê-lo, troca-lo, enfim aliena-lo por qualquer fórma.

O usufructuario póde ceder o usufructo, que tem de um predio, isto é, ceder o direito de gozar do predio até a morte delle usufructuario. Será sempre a sua morte e não a do cessionario, que porá termo ao usufructo; porque de outra sorte não haveria cessão ou transmissão do usufructo, mas a creação de um novo usufructo.

Póde sim o usufructuario crear um usufructo, mas somente sobre o seu usufructo, e não sobre a cousa sujeita ao usufructo.

E' portanto com toda a exactidão que o art. 1085 do projecto diz, que o usufructuario póde, por qualquer fórma *alienar o usufructo*, e não ha precisão de substituir as palavras finaes pela alienação do *exercicio* do usufructo.

O receio de mudarem-se as condições do usufructo é chimerico; o usufructuario não cede senão o seu direito, não póde ceder mais. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

O art. 1085 do projecto ainda dispõe que, embora o usufructuario ceda o seu direito, não cessará sua responsabilidade para com o proprietario.

A constituição do usufructo impõe obrigações no interesse do proprietario, e cujo cumprimento este tem o direito de exigir. Si o usufructuario cede o seu direito, sem o consentimento do proprietario, não fica isento de taes obrigações; estas continuão ainda depois da cessão. Si o cessionario abusa da cousa, si a deixa perder-se por sua falta, ou si não cumpre as obrigações que a lei impõe a todo usufructuario, é o cedente responsavel para com o proprietario, salvo o direito daquelle contra o cessionario.

No final diz o art. 1085 que os contratos, que fizer o usufructuario, não produziráõ effeito senão emquanto durar o usufructo. Por exemplo, o usufructuario de um predio o arrenda por 10 annos e morre no sexto anno do arrendamento, extinguindo-se assim o usufructo; o proprietario tem o direito de rescindir o

Digitized by Google

contrato, e não está obrigado a sustentar o arrendamento pelos quatro annos que faltão.

Apresentamos este exemplo, porque o codigo francez e outros mandão que o arrendamento feito pelo usufructuario seja respeitado pelo proprietario até certo tempo.

Para justificar a disposição do codigo, se diz que o systema de não contar o arrendatario o seu direito garantido durante o prazo do arrendamento depois de extincto o usufructo,é contrario: 1°, aos interesses do usufructuario que, não podendo garantir o arrendamento, durante o prazo estipulado, só conseguirá arrendamentos com condições desvantajosas; 2°, aos interesses do arrendatario, que a qualquer momento póde ser desapossado com a extincção imprevista do usufructo; 3°, finalmente, aos interesses da sociedade, sendo a segurança dos arrendamentos favoravel á agricultura e ao melhoramento dos bens.

Mas acima de tudo, o que mais interessa á sociedade é que os direitos sejão respeitados, é que a propriedade seja garantida. O usufructuario só tem um direito resoluvel, e si a lei permittir que elle faça arrendamento da cousa usufruida, que perdurem até além da extincção do usufructo, deve conceder igual direito a todos aquelles que têm direitos resoluveis e os casos são muitos; é o comprador *a retro*, é o possuidor provisorio dos bens do ausente, e a numerosa classe daquelles que exercem direitos de proprietario sob condição resolutiva.

Se diz ainda que o usufructuario, quando arrenda o predio do usufructo, exerce um acto de administração que deve ser respeitado.

O usufructuario não é administrador dos bens usufruidos; o proprietario não conferio-lhe esse mandato. Ha um desmembramento da propriedade, que no interesse da sociedade deve quanto antes cessar. O arrendamento é outro desmembramento da propriedade, e ainda convêm que cesse o desmembramento creado pelo usufructuario.

Digitized by Google

Art. 1086. — O usufructo comprehende todos os accessorios, as servidões activas e todos os direitos inherentes á cousa usufruida, e de que o proprietario poderia gozar.

O usufructuario goza da cousa como si fôsse proprietario. Todos os accessorios da cousa pertencem ao proprietario; portanto, tambem aos accessorios deve-se estender o usufructo.

O predio usufruido tem servidão de passagem sobre qualquer outro predio; o usufructuario do predio dominante tem direito a essa servidão.

Art. 1087. — O usufructuario tem direito a todos os productos mineraes do terreno usufruido; póde abrir novas minas e aproveitar-se das já abertas, nos mesmos casos, em que o póde fazer o proprietario.

A doutrina vigente é que o usufructuario só adquire os productos mineraes do terreno, si já tinha minas abertas ao tempo da constituição do usufructo, e não póde abrir novas minas. No mesmo sentido decidem os codigos modernos.

A razão é, dizem, porque o usufructuario goza da cousa conservando a sua substancia, e os productos mineraes não são fructos. Si as minas já estão abertas, o usufructuario póde explora-las, mas não póde abrir novas.

A razão é subtil. Si o usufructuario não póde abrir novas minas, tambem não poderá explorar as já abertas. Si a abertura de novas minas altera a substancia da cousa, tambem altera a exploração de minas abertas. Si não são fructos os productos mineraes, não pertencem ao usufructuario, quer sejão extrahidos de minas novas, quer de minas já abertas.

O art. 1087 do projecto não admitte distincção que não parece razoavel.

Art. 1088.—Não pertence ao usufrutuario o thesouro achado durante o usufructo, salvo o direito, que lhe possa competir como inventor.

O thesouro não é um producto da cousa usufruida. A acquisição do thesouro é regulada pelos arts. 1291 e seguintes.

Digitized by Google

Art. 1089.—O usufrutuario póde fazer na cousa usufruida as bemfeitorias uteis e de recreio, que bem lhe parecerem, comtanto que não altere a substancia da cousa, ou mude a sua fórma ou destino, mas, findo o usufructo, não terá direito de exigir indemnização alguma, salva a disposição do art. 561.

O usufructuario não detem a cousa em virtude de um titulo translativo da propriedade; não é proprietario, e por conseguinte deve ser equiparado ao possuidor de má fé.

Por direito romano ao usufructuario não é permittido levantar as bemfeitorias, que tenha feito na cousa usufruida; porque sabendo que a propriedade não lhe pertence, se faz bemfeitorias entende-se que dellas quiz fazer doação ao proprietario *donasse videtur*.

Esta decisão, que se applica a todo o possuidor de má fé, é falsa e iniqua. O projecto não a adoptou como se vê dos arts. 561 e 1318 § 7. O verdadeiro principio de justiça e equidade é que *neminem æquum est cum alterius damno locupletari*.

Ninguem se deve locupletar á custa de outrem, ainda que este seja possuidor de má fé. A doação tacita é uma ficção. Si o usufructuario fez bemfeitorias no predio usufruido, e póde levanta-los sem prejuizo da cousa, deve ser-lhe isso facultado, como o é ao possuidor de má fé, e veremos no art. 1318.

Art. 1090.—Não constando do titulo constitutivo do usufructo especificadamente os bens e seu estado, é o usufructuario obrigado a fazer inventario dos mesmos.

Si do titulo constitutivo do usufructo, por exemplo do testamento, consta quaes são as cousas dadas em usufructo, e em que estado ellas se achão, não ha necessidade de fazer-se inventario. Mas si o testador deixa, por exemplo, a sua herança ou parte della em usufructo, não são conhecidos especificadamente os bens nem seu estado, se torna necessario inventario.

O inventario é uma garantia não só para o usufructuario como para o proprietario, afim de evitarem-se contestações

Digitized by Google

futuras, quando se extinga o usufructo. Ao usufructuario convirá mostrar que recebeu bens já deteriorados, afim de livrar-se da responsabilidade de sua perda.

Art. 1091.—As custas do inventario são por conta do usufructuario, e a sua falta faz presumir que os bens fôrão recebidos em bom estado.

Si o usufructuario não faz inventario, presume-se que os bens fôrão recebidos em bom estado, e em consequencia não é necessario que o proprietario o prove. O inventario é á custa do usufructuario, por ser este o interessado em mostrar o estado, em que recebeu os bens.

Art. 1092.—Havendo interessados menores, interdictos, ou ausentes, o inventario deve ser judicial.

E' esta a regra em todos os casos em que se trata de interesses dos incapazes; porque seus representantes legaes são obrigados a prestar contas. Não havendo menores, interdictos ou ausentes, podem as partes combinar e fazer o inventario como entenderem.

Art. 1093.—O usufructuario é só obrigado a dar caução quando lhe seja exigida:

1.° Pela restituição da cousa ou do seu valor, no caso do art. 1077;

2.° Pela indemnização por deterioração, a que possa ser responsavel.

Paragrapho unico.—A responsabilidade da caução, no caso do numero 2° do artigo, não póde ser exigida além da metade do valor da cousa.

O usufructuario é obrigado a dar caução no só caso, em que seja exigida. A caução é determinada para segurança do proprietario, que a dispensará, si quizer. O usufructuario tem obrigação de zelar a cousa usufruida, não deverá emprega-la em uso differente, a que é destinada, e ainda é responsavel pelos factos das pessoas, a quem tenha cedido o usufructo. A caução tem por fim garantir as perdas e damnos, pelos quaes responda o usufructuario.

Digitized by Google

A caução póde ser prestada por qualquer dos modos do art. 586, comtanto que seja idonea. A caução é legal, porque é ordenada por lei, quando exigida pelo proprietario (art. 587).

Si o usufructo é de bens fungiveis, ou entregues para serem consumidos ou alienados nos termos do art. 1077, a propriedade delles passa para o usufructuario, verifica-se o quasi-usufructo, e findo este, tem o usufructuario de restituir outros bens identicos, ou o seu valor. Portanto, no quasi-usufructo a responsabilidade da caução deve abranger a totalidade do valor dos bens usufruidos, como dispõe o n. 1° do art. 1093.

Mas, si o usufructuario só tem o gozo dos bens com a obrigação de entrega-los ao proprietario, extincto o usufructo, a caução só garante a indemnização por deteriorações, e não o valor total da cousa e sua restituição. A razão é porque o usufructurio não póde dispôr dos bens, e si os alienar, o proprietario conserva o direito de reivindica-los do adquirente, ou de exigir do usufructuario o seu valor (art. 574). Por esta razão a responsabilidade da caução não póde ser exigida além da metade do valor da cousa, como dispõe o § unico do art. 1093.

Art. 1074.—O usufructuario não é obrigado á caução de que trata o artigo antecedente:

1°. Nos casos expressamente declarados na lei;

2.° No usufructo, que se reserva o doador da cousa doada;

3.° Si o usufructuario é dispensado de dar caução pelo acto constitutivo do usufructo, salvos direitos de terceiros.

O usufructuario não é obrigado a prestar caução nos casos expressamente exceptuados na lei; um destes casos é o do usufructo legal, que compete aos pais sobre os bens dos filhos menores (art. 783); outro caso é o do marido quanto aos bens dotaes da mulher (art. 2023).

Tambem não é obrigatoria a caução, quando o doador reserva o usufructo da cousa doada. Suppõe-se que tal foi a vontade das partes contratantes. O donatario recebe um beneficio;

Digitized by Google

exigir do doador uma garantia é mostrar desconfiança, é de alguma fórma um acto de ingratidão.

Finalmente, podem as partes convencionar, ou o testador determinar a dispensa da caução, não se offendendo direitos de terceiros. Quem póde o mais póde o menos; si ao testador é permittido legar um predio, tambem póde, legando só o usufructo, dispensar o legatario de prestar caução.

Art. 1095.—Nos casos, em que o usufructuario é obrigado a dar caução, póde esta ser exigida pelo proprietario em todo o tempo.

O proprietario, que tem direito de exigir caução, póde usar do seu direito a todo o tempo. Succederá que o usufructuario a principio goze da cousa, como lhe cumpre fazê-lo; mas posteriormente começa a abusar, e, perdendo a confiança do proprietario, será licito a este exigir a caução.

Art. 1096.—Si o usufructuario não puder, ou não quizer dar a caução exigida, poderá o proprietario requerer, que a cousa seja deixada á administração de terceiro, ou delle mesmo proprietario, offerecendo caução.

A providencia lembrada neste artigo parece ser a mais razoavel, e já vem mais ou menos aconselhada por nossos escriptores.

O usufructuario é facil não poder prestar caução, ou porque não tenha bens para fazê-lo, ou por não achar quem queira dar caução por elle. Sendo a cousa posta em administração de terceiro, ou do mesmo proprietario prestando caução, não soffre com isso o usufructuario prejuizo algum, porque percebe os fructos do dia em que começou o usufructo.

Art. 1097.—Nos casos do artigo antecedente, os fructos pertencêrão ao usufructuario, deduzidas as despezas da administração.

Com a administração, ou de terceiro, ou do proprietario necessariamente se têm de fazer despezas; e sendo o usufructuario quem dá causa a ellas, é de razão que sejão deduzidas dos rendimentos.

Digitized by Google

Art. 1098.—O usufructuario é obrigado a consentir ao proprietario quaesquer obras ou melhoramentos, de que seja susceptivel a cousa usufruida, comtanto que desses factos não resulte prejuizo ao usufructuario.

Art. 1099.—No caso de augmentar, com taes obras ou melhoramentos, o rendimento liquido da cousa usufruida, o augmento pertencerá ao proprietario.

E' como dispõe o art. 2227 do cod. portuguez. Não se trata de reparações ordinarias ou extraordinarias, diz o seu commentador, para a conservação dos bens; mas de bemfeitorias, que augmentem o valor dos mesmos bens. Se permitte ao proprietario fazer todos os melhoramentos no predio, como arroteação de terrenos incultos, novas plantações de arvores, si esses trabalhos não diminuirem o valor do usufructo.

O usufructuario só póde impedir os melhoramentos, que pretenda fazer o proprietario na cousa usufruida, provando que lhe são prejudiciaes.

A providencia contida no artigo tende a animar a feitura de melhoramentos nas cousas usufruidas, que ordinariamente ficão abandonadas durante o usufructo; porque o usufructuario só cuida de tirar proveitos, sem se importar com o augmento do valor das cousas.

Art. 1100.—O usufructuario é obrigado a fazer, por sua conta, as reparações necessarias e indispensaveis para a conservação da cousa usufruida, em estado a prestar-se ao usufructo.

Si as não fizer, e d'ahi resultar a necessidade de reparações extraordinarias, o usufructuario será obrigado a estas, sem indemnização alguma

Ha um erro typographico neste artigo: em vez de—reparações necessarias—diga-se—reparações ordinarias.

O que sejão *reparações ordinarias* define o art. 1001. Para que as reparações sejão ordinarias é necessario que sejão indispensaveis para a conservação da cousa em estado a prestar-se ao usufructo, e que no anno, em que fôrem necessarias, não excedão cinco por cento do valor da cousa usufruida.

Digitized by Google

O usufructutario deve gozar da cousa como o faria um proprietario diligente e cuidadoso ; ora um tal proprietario não deixará que a cousa se ponha fóra de estado de prestar-se ao usufructo: taes reparações são encargos do usufructo,são despezas, por assim dizer, diarias, e sem as quaes o usufructuario não póde gozar ; é a condição necessario do seu gozo. Si quer conservar este, deve fazer as reparações.

O proprietario, portanto, póde obrigar o usufructuario a fazer as reparações ordinarias ; e si este não faz aquillo a que está obrigado, responde por perdas e damnos. Si por não faze-las o predio fica precisado de reparações extraordinarias, é elle obrigado a estas.

Supponha-se que o usufructuario por deixar de concertar uma parede, esta cahe, e o temporal damnifica o predio, de fórma que exija reparações extraordinarias ; serão estas feitas pelo usufructuario, e o proprietario poderá obriga-lo a faze-las.

Cumpria-lhe despender 100 com a reparação ordinaria, e como não a fez, precisa o predio de uma reparação, que custará 5000. O usufructuario será obrigado a esta despeza.

Art. 1101.— São reparações ordinarias aquellas, que, no anno em que fôrão necessarias, não excederáõ 5 % do valor da cousa usufruida.

Para se conhecer si as reparações fôrão feitas dentro de um anno, se contaráõ os annos a começar do dia em que o usufructo se tornou effectivo.

E' difficil estabelecer de um modo infallivel o que sejão reparações ordinarias e extraordinarias. O codigo francez define especificadamente as reparações extraordinarias, que chama, *grosses reparations* ; portanto tudo mais que não fôr reparação extraordinaria, será ordinaria e a cargo do usufructuario. Outros muitos codigos o imitão.

O codigo portuguez declara reparações ordinarias aquellas, que no anno, em que fôrão necessarias, não excedêrão dous terços dos rendimentos liquidos desse anno. Não define quaes sejão as

Digitized by Google

extraordinarias, mas fica entendido que todas as mais reparações, que não fôrem ordinarias, são extraordinarias.

Os romanos punhão a cargo do usufructuario as reparações modicas; *modica refectio ad fructuarium pertinet.*

Mas o que são reparações modicas? Respondem os praxistas, que duvidando-se si alguma despeza é modica ou grande, se julgará por louvados: si decidirem que é modica, paga o usufructuario, si não quizer antes largar o predio, o que comtudo se lhe não permitte si a cousa se deteriorou por culpa sua ou dos seus.

O art. 1101 do projecto entendeu dever estabelecer uma regra para discriminar o que sejão reparações ordinarias e extraordinarias.

Supponha-se um predio dado em usufructo, que tornou-se effectivo no dia 1° de Março de 1872; este predio é avaliado por 20:000$000. Um conto de réis é cinco por cento de seu valor. No anno a contar-se do 1° de Março de 1872 ao 1° de Março de 1873 o predio precisou de reparações, que importárão em 900$; é reparação ordinaria a cargo do usufructuario. No anno a contar-se do 1° de Março de 1873 a 1874, o predio não precisou de reparação alguma. No anno a contar-se do 1° de Março de 1874 ao 1° de Março de 1875, o predio precisou de reparações na importancia de 1:200$: o usufructuario não está obrigado a ellas, porque se considerão extraordinarias, e então si o usufructuario as fáz, tem applicação a regra do § 2° do art. 1105; si elle as não quer fazer, e as faz o proprietario, tem applicação a regra do § 3° do mesmo artigo.

Qual a razão que justifica o systema do art. 1101 do projecto?

Devemos suppôr que toda a propriedade renda mais de 5 °/₀ do seu valor. Portanto, ainda que o usufructuario despenda 5 °/₀ com reparações, lhe ficará algum lucro.

A despeza de 5 °/₀ é o maximo, que em um ou outro anno se poderá fazer em reparações ordinarias.

Digitized by Google

A disposição do artigo ainda é fundada nas regras legaes de avaliações. Assim manda a lei que a avaliação de predios rusticos se regule pela importancia dos rendimentos de 20 annos, calculados pelos que derem ao tempo da avaliação, com deducção da terça parte. Na avaliação de outros immoveis se segue mais ou menos a mesma regra.

Assim para que um predio rustico seja avaliado em 20:000$, é necessario que elle dê 1:500$ de rendimento; os 20:000$ representão o rendimento de 20 annos, menos a terça parte. Em consequencia o usufructuario que faz reparações correspondentes a 5 % do valor da cousa, ainda lucra.

Art. 1102.—Ainda que o usufructuario renuncie o usufructo, não se exime da obrigação de fazer as reparações ordinarias, de que precisar a cousa usufruida, ao tempo da renuncia.

O usufructuario tem obrigação de gozar da cousa como um diligente e cuidadoso pai de familia : *recte enim colere, et quasi bonus pater familias uti debet.* (Inst. § 3 de divis. rer.).

Um bom pai de familia faz nas suas cousas todas as reparações, de que precisão, e no momento em que são necessarias. A lei expressamente impõe essa obrigação ao usufructuario. Taes reparações constituem um encargo de percepção dos fructos; estes não se dizem taes sinão depois de deduzidas as despesas das reparações.

Ainda que o usufructuario renuncie o usufructo, não se exime da obrigação de fazer as reparações, de que a cousa precisa no momento da renuncia, porque nesse momento o proprietario podia obriga-lo a fazê-las. Ainda que o usufructuario renuncie os fructos percebidos de preterito, não se exime da obrigação. Até ao momento da renuncia tem obrigação de saldar suas contas de direitos e obrigações com o proprietario.

Art. 1103.—Terminado o usufructo, deve a cousa ser entregue com todas as reparações ordinarias, de que precisar.

E' consequencia do disposto no art. 1100. Como se disse, as

Digitized by Google

reparações ordinarias são encargos da percepção dos fructos. Logo que o usufructuario percebeu estes, deve entregar a cousa convenientemente reparada.

Art. 1104.—Nem o proprietario nem o usufructuario são obrigados a fazer reparações extraordinarias, ou as reconstrucções de edificios, que cahirão, ou de vetustos, ou por caso fortuito.

Já vimos que o usufructuario só é obrigado a fazer as reparações ordinarias; não está portanto obrigado a fazer as extraordinarias. Si o predio cahio de vetusto, não é obrigado a reconstrui-lo, a reconstrucção exigirá despezas taes que não compensem o usufructo. Só em um caso está obrigado ás reparações extraordinarias: é quando se tornárão necessarias por não ter feito as reparações ordinarias, e, fazendo-as, não póde repetir do proprietario as despesas.

Tambem o proprietario não é obrigado a fazer as reparações extraordinarios. Isto mostra a differença entre o usufructo e o arrendamento. O senhorio é obrigado a conservar o predio arrendado durante todo a tempo do arrendamento no mesmo estado, e por conseguinte a fazer todas as reparações necessarias para esse fim. Mas, o proprietario, no usufructo, não é obrigado a fazer reparo algum. Sua unica obrigação é deixar gozar o usufructuario.

Note-se que aqui não se trata de obras novas, mas só de reparações das já existentes; do contrario mudava-se a fórma da cousa. *Si qua tamem vetustate corruissent neutrum cogi reficere.* (L. 7 § 2° e 75 § 1° Dig. de usufr.).

Art. 1105.—Mas, tanto o proprietario, como o usufructuario, podem fazer essas reparações ou reconstrucções, sendo ellas de utilidade, guardando a antiga fórma e destino da cousa, sem amplia-la ou diminui-la.

§ 1.°—Si, tanto o usufrutuario, como o proprietario as quizerem fazer, terá a preferencia o usufructuario.

Digitized by Google

§ 2.º—Si as faz o usufructuario, póde exigir do proprietario, findo o usufructo, o valor que ellas então tiverem.

§ 3.º—Si as faz o proprietario, tem o usufructuario o usufructo dellas, pagando semestralmente ao proprietario os juros de sua importancia.

Vimos que, nem o proprietario, nem o usufructuario, podem ser obrigados, um pelo outro, a fazer as reparações extraordinarias, mas a qualquer delles é facultado faze-las, no caso em que sejão de utilidade. A utilidade aqui é condição essencial para que o proprietario ou o usufructuario tenha direito de fazer as reparações ou reconstrucções.

Si o predio fôr demolido, sua reconstrucção será feita na fórma primitiva, e nem poderá ser augmentada ou diminuida, porque do contrario se mudaria a substancia da cousa e em consequencia o seu destino. Si tanto o usufructuario como o proprietario quizerem fazer as reparações ou reconstrucções, a preferencia é dada ao usufructuario; porque si as fizer o proprietario, tem este direito aos juros das quantias que despender. Ora, a obrigação de pagar juros faz onerosa a posição do usufructuario.

Si o usufructuario faz as reparações ou reconstrucções, fica percebendo os fructos dellas, e por conseguinte, emquanto durar o usufructo, não póde exigir do proprietario o que despende, nem os juros das quantias despendidas.

O proprietario, porém, não deve locupletar-se á custa do usufructuario, e. findo o usufructo, tem de indemniza-lo.

Como o proprietario, findo o usufructo, recebe a cousa no estado em que se acha, deteriorada ou não, pelo gozo regular e normal do usufructuario, deve pagar a este o valor das reparações ou reconstrucções, não pelo que custárão, mas pelo valor, que tiverem ao tempo da extincção do usufructo. Si o seu valor fôr superior ás despezas feitas pelo usufructuario, este lucra, mas nenhum prejuizo soffre o proprietario, visto que recebe um objecto pelo seu valor; si fôr inferior, o usufructuario é compensado com o uso que faz durante o usufructo.

Finalmente, no § 3º do art. 1105 se figura o caso de serem as

Digitized by Google

reparações ou reconstrucções feitas á custa do proprietario, bem entendido, não as querendo fazer o usufructuario. Si o usufructuario quizer continuar com o usufructo, é de razão que pague ao proprietario os juros da importancia despendida; os fructos que percebe compensão os juros que paga.

Escusado é dizer que os juros são os legaes (art. 2440). O pagamento é semestral, porque é como paga o Estado os juros de suas dividas; é como os receberia o proprietario, si, em vez de empregar seu capital em beneficio do usufructuario, o emprestasse ao Estado.

Art. 1106.—Os tributos e quaesquer encargos impostos sobre a cousa usufruida, ou sobre os seus fructos, recahirão sobre o usufructuario, emquanto durar o usufructo, sem poder os haver do proprietario.

Paragrapho unico.—Si os pagar o proprietario, tem direito de exigir do usufructuario o que pagou, e os juros.

Tributa sunt onera fructuum, diz a lei romana, e o art. 1106 do projecto aceita a regra em toda a sua extensão, sem fazer distincção sobre a natureza dos impostos, ou sejão lançados sobre a propriedade ou sobre os fructos.

Quaesquer encargos da cousa são pagos pelo usufructuario, ou sejão encargos publicos ou particulares. O predio usufruido está sujeito a uma servidão; o usufructuario é obrigado a respeitala. O terreno é emphytheutico, o usufructuario pagará os fóros. O predio está sujeito a uma prestação alimenticia, esta será paga pelo usufructuario.

Quanto aos impostos serão elles geraes, provinciaes ou municipaes. Quaesquer que elles sejão, paga-os o usufructuario, ou sejão lançados sobre a propriedade ou sobre os fructos.

O codigo francez e outros fazem differença entre os tributos impostos sobre a renda dos bens usufruidos e os lançados directamente sobre o capital ou a propriedade. Os primeiros são pagos pelo proprietario, os segundos pelo usufructuario.

Digitized by Google

O art. 1106 do projecto não faz distincção; qualquer que seja o imposto é o usufructuario quem paga; segue a regra absoluta do direito romano; *tributa sunt onera fructuum*. E, na verdade, todo o tributo directa ou indirectamente recahe sobre a renda, ou deve recahir. Tributa-se o capital em razão de sua renda.

Si a lei tributar um predio que não produz, o proprietario o abandonará.

Supponha-se um imposto, que absorve os rendimentos, lançado sobre a propriedade, esta torna-se inutil; mas o usufructuario a não abandona por ser o proprietario quem o paga.

Extincto o usufructo, recebe o proprietario a propriedade sem valor algum, e além disso tem de restituir ao usufructuario os impostos que este porventura tenha pago pelo proprietario.

Art. 1107.—O usufructuario universal da herança ou de uma quota parte da herança, é obrigado ao pagamento total, ou em proporção de sua quota, do legado de alimentos ou de qualquer pensão a que esteja sujeita a herança.

Findo o usufructo passará a obrigação ao proprietario.

Paragrapho unico.—Si os sobreditos alimentos ou pensões fôrem estabelecidos sobre certa ou certas cousas deixadas em usufructo, serão pagos pelo usufructuario da cousa ou das cousas deixadas em usufructo.

E' applicação da decisão do artigo antecedente. A pensão ordenada pelo testador é um encargo da herança, e, portanto, devé ser paga pelo usufructuario.

Art. 1108.— O usufructuario recebe a cousa no estado, em que se achar ao tempo, em que começar o usufructo, com todos os seus encargos publicos e particulares.

A unica obrigação do proprietario é deixar gozar o usufructuario. Este não é obrigado a aceitar o usufructo, e, portanto, receberá a cousa no estado em que ella se achar. Si o predio deixado em usufructo tem servidões passivas, não póde o usufructuario exigir sua extincção.

Digitized by Google

Não é assim no arrendamento; o senhorio é obrigado a entregar o predio em estado de servir para o uso, a que é destinado (art. 2093).

Art. 1109. — Nem o usufructuario de uma cousa anteriormente hypothecada ou sujeita a qualquer divida, nem o proprietario é obrigado a pagar ao credor. Qualquer delles que pagar fica subrogado nos direitos do credor. Si a cousa fôr alienada para solução da divida, terão elles direito regressivo contra o devedor.

A hypotheca, o penhor, a antichrese de uma cousa não importão a sua alienação. A cousa sujeita a qualquer desses onus não é transferida ao credor, só garante a divida com seu valor e em virtude do privilegio. Conforme o art. 1579, si o legatario pagou a divida, a que estava hypothecada a cousa legada, ou a remio do penhor ou antichrese, a que estava sujeita, fica subrogado nos direitos do credor para haver dos responsaveis pelas dividas da herança, a importancia paga. Os responsaveis pelas dividas da herança são os herdeiros (art. 1570).

Si o testador deixou a Primus o usufructo de um predio hypothecado, e a Secundus a sua propriedade, tanto um como outro são legatarios, Primus do usufructo e Secundus da núa propriedade.

A propriedade desmembra-se. São dous legatarios da mesma cousa, e tem applicação o disposto no art. 1159. Nenhum delles é obrigado a pagar a divida, porque os responsaveis são os herdeiros (art. 1570).

Como, porém, todos são interessados em que o predio fique livre da hypotheca, qualquer póde pagar a divida, e o que paga fica subrogado nos direitos do credor (art. 487) para haver a importancia dos herdeiros, que são os responsaveis no exemplo figurado.

Si nem o usufructuario nem o proprietario paga a divida, e é a cousa expropriada para a sua solução, terão elles direito de haver dos herdeiros o valor da mesma, e sobre este se constituirá o usufructo.

Digitized by Google

Art. 1110. — Consistindo o usufructo na totalidade ou em alguma quota parte da herança, tanto o usufructuario, como o proprietario, poderão exigir em todo o tempo, que dos bens usufruidos se vendão os que fôrem necessarios para pagamento das dividas passivas da herança, a que fôrem obrigados.

Si o usufructo é constituido na totalidade da herança, devem ser separados bens para pagamento de toda a divida, si é só sobre certa quota se separaráõ bens quanto á divida correspondente.

Tanto o proprietario como o usufructuario podem ter interesse em que se vendão bens para pagamento das dividas. O proprietario, porque quando findo o usufructo, receber bens já deteriorados não serão estes talvez sufficientes para o pagamento. O usufructuario terá tambem interesse, si as dividas vencem juros, que correm a seu cargo (art. 1113).

Art. 1111.—A disposição do artigo antecedente procede, ainda quando já se tenha verificado algum dos casos do artigo seguinte:

Art. 1112.—Si o usufrutuario e o proprietario combinarem em que algum delles adiante as sommas necessarias para pagamento das dividas, de que trata o art. 1110.

1.º—Si as sommas fôrem adiantadas pelo usufructuario, ficará este com o direito de have-las do proprietario, findo o usufructo, sem juros;

2.º—Si forem adiantadas pelo proprietario, terá este o direito de haver do usufructuario sómente os juros correspondentes.

Já vimos (art. 1109) que, ainda não querendo o usufructuario, o proprietario póde exigir que se vendão bens para pagamento das dividas, e o mesmo direito tem o usufructuario, ainda que se opponha o proprietario. Logo para que algum delles pague as dividas é preciso haver combinação de ambos pelas consequencias, que resultão desse pagamento feito por um ou outro, como vamos vêr.

Si o usufructuario adiantar a quantia necessaria para pagamento das dividas, tem direito, findo o usufructo, de haver do proprietario a importancia paga; o que é de razão porque com o pagamento evitou que dos bens usufruidos se separassem

Digitized by Google

alguns para esse fim, e o proprietario os recebeu em sua totalidade. Não tem, porém, o usufructuario direito aos juros das quantias adiantadas, porque estas correm por sua conta (art. 1113).

Si o proprietario é quem adianta a quantia necessaria para pagamento das dividas, nada póde exigir do usufructuario quanto ao capital despendido; porque, pagando, evitou que se vendessem bens, que afinal tem de receber, extincto o usufructo; tem, porém, direito de cobrar juros, porque remindo bens, que devião ser applicados para pagamento das dividas, delles goza o usufructuario; os juros que este paga compensão os fructos, que percebe.

Ainda que por combinação o usufructuario ou o proprietario tenha pago as dividas, em qualquer tempo póde qualquer delles requerer, que se separem bens para seu pagamento; é o que dispõe o art. 1111 e com razão.

Si o proprietario paga as dividas, o usufructario deve-lhe juros. Ora no correr dos tempos, succederá que ao usufructuario não convenha pagar juros; os rendimentos dos bens terão diminuido de fórma que os juros que paga excedão áquelles. Deve, pois, ter o direito de requerer que se vendão bens para pagamento do proprietario.

Si as dividas fôrão pagas pelo usufructuario, elle tem direito de haver do proprietario, findo o usufructo, a importancia que pagou; não convirá a este pagar e receber bens deteriorados. Deve-lhe tambem competir o direito de requerer que se vendão bens para pagamento do usufructuario.

> Art. 1113.—Os juros das dividas passivas da herança, emquanto não fôrem pagas, correráõ por conta do usufructuario da mesma, e correráõ em seu favor os juros das dividas activas.

Na herança ha ou não dinheiro para pagamento das dividas. Havendo dinheiro, si não se pagão as dividas, assim como o usufructuario tira proveito do dinheiro, assim deve tambem pagar os juros das dividas passivas.

Digitized by Google

Si não ha dinheiro, é com certa parte dos bens que têm de ser pagas as dividas; e assim como o usufructuario goza dessa parte de bens, assim deve pagar os juros que correspondem aos fructos que percebe.

E' evidente que, sendo fructos civis os juros das dividas activas, devem pertencer ao usufructuario.

Art. 1114.—Quando o usufructo é constituido por titulo gratuito, havendo litigio sobre os direitos do proprietario ou do usufructuario, as despezas serão por conta do interessado,

Si o litigio versar sobre os direitos de ambos, sendo elles vencedores, as despesas serão consideradas como divida, e terão applicação as disposições dos arts. 1110, 1111 e 1112; sendo vencidos, caberá a cada um a metade das despesas.

O testador lega o usufructo de um predio a Caius e a propriedade a Titius. Sejus pretende ser elle o usufructuario e não Caius: as despesas do litigio são por conta de Caius, porque só se trata do seu direito de usufructuario. Si Sejus pretende que a elle é que foi deixada a propriedade e não a Titius, as despesas do litigio serão por conta de Titius, porque se trata do seu direito de nua propriedade.

Si Sejus, porém, combate todo o legado, dizendo que o predio legado lhe pertencia e não ao testador, versa então o litigio não só sobre o usufructo como sobre a nua propriedade. Neste caso o art. 1114 distingue.

Si Sejus é a final reconhecido sem direito, e declarado pertencer o predio ao testador, as despesas serão consideradas como dividas, e terão applicação as disposições dos arts. 1110 a 1112; porque o usufructo continúa, e extincto elle, passa a propriedade plena para o proprietario.

Si Caius e Titius fôrão vencidos, pagaráõ as despesas pela metade. Querem alguns escriptores que neste caso se dividão as despesas em proporção do interesse de cada um. Mas fôra isso difficil, e daria azo a questões entre o usufructuario e o proprietario.

Digitized by Google

Art. 1115.—Quando o usufructo é constituido por titulo oneroso, no caso do artigo antecedente, observar-se-ha o que se acha estabelecido a respeito da evicção.

Supponha-se que o usufructo é constituido a titulo oneroso; Caius vendeu o predio a Titius reservando para si o usufructo. Si Sejus reivindica o predio, como não pertencendo a Caius, Titius tem direito a ser indemnizado. Como Caius é obrigado a fazer bôa a venda, havendo litigio sobre o predio, tem applicação o disposto nos arts. 1895 e seguintes.

Art. 1116.—Quando o usufructo consistir em animaes destinados a criação, ou em um rebanho, ou em uma universidade de animaes, o usufructuario, findo o usufructo, entregará ao proprietario numero igual ao que recebeu, e no mesmo estado.

Ha grande differença entre os direitos do usufructuario, quando o usufructo recahe sobre um ou mais animaes considerados como outros tantos individuos independentes uns dos outros, e quando recahe sobre um rebanho, ou uma universalidade de animaes. No primeiro caso póde-se dizer que ha tantos objectos de usufructo quantos são os animaes, e no segundo o usufructo tem sómente um objecto.

Si o testador lega o usufructo de certos animaes designados, o usufructuario, findo o usufructo, só tem de entregar aquelles que existirem, e no estado em que se acharem. Si esses animaes produzirem, as crias pertencem ao usufructuario, como fructos, que são, e não é obrigado a substituir com ellas os animaes, que perecêrão sem falta sua, afim de completar o numero recebido. Por outro lado si, do tempo da feitura do testamento á abertura da herança, os animaes produzirem, as crias pertencem ao herdeiro, porque o usufructo só se torna effectivo com a morte do testador, e dessa data em diante é que os fructos começão a pertencer ao usufructuario.

Mas si o usufructo consiste em um rebanho, como este é susceptivel de augmentar-se ou diminuir-se, o legatario do usufructo o recebe no estado, em que estiver ao tempo da abertura

Digitized by Google

da herança; as crias nascidas anteriormente lhe pertencem, porque o legado é de um rebanho, e não de um numero determinado de certos animaes.

Si durante o usufructo perecerem alguns animaes, o usufructuario é obrigado a substitui-los pelas crias ou por outros iguaes. Póde vende-los ou aliena-los por qualquer fórma. Não é excepção do art. 1066; porque consistindo o usufructo em um rebanho, a unica obrigação do usufructuario, extincto o usufructo, é entregar um rebanho igual, do mesmo numero de animaes que recebeu.

Procede o que fica dito ainda no caso de terem sido dados em usufructo certos e determinados animaes com o fim da criação. O usufructo neste caso tem por fim a criação; o usufructuario os recebe, não para gozar delles, mas para a reproducção.

Sed si gregis usufructum quis habeat, in loco demortuorum capitum ex fœtu fructuarius summittere debet. (Inst. de divis. rer. § 38).

Art. 1117.— O usufructuario, no caso do artigo antecedente, só poderá aproveitar-se das crias dos animaes, estando completo o numero dos que recebeu.

Esta disposição é em garantia do proprietario. O usufructuario recebeu um rebanho de certo numero de animaes, esse numero deve ser sempre conservado, constituindo um todo. Não estando completo o numero dos animaes do rebanho, foi alterada a sua substancia.

O usufructuario deve gozar como o faria um bom pai de familia. *Debet omne, quod diligens paterfamilias in suo domo facit, et ipse facere.* Ora um bom pai de familia conserva sempre o rebanho intacto, procura antes augmenta-lo, que diminui-lo.

Art. 1118.— Si por epidemia ou caso fortuito, durante o anno corrente, estando completo o numero dos animaes recebidos, perecer mais da terça parte delles, poderá o usufructuario desistir do usufructo, entregando os animaes restantes e os despojos dos que pereceram, ou o seu valor, si destes se houver aproveitado.

Digitized by Google

O usufructuario, como se disse no artigo antecedente, é obrigado a ter sempre completo o numero dos animaes recebidos. Si casualmente morrem todos os animaes, extingue-se o usufructo, como adiante veremos; morrendo, porém, só alguns, como a obrigação do usufructuario não é de restituir os mesmos animaes, que recebeu, mas sim numero igual, não se extingue o usufructo, e o usufructuario é obrigado a completar o numero com as crias.

Si, porém, no anno corrente por caso fortuito, por uma peste, por exemplo, perecerem animaes em mais da terça parte, será muito oneroso ao usufructuario completar o rebanho; confórme a perda serão precisos talvez annos para ficar o rebanho completo e em estado de ser entregue na extincção do usufructo, e durante todo esse tempo estará privado do usufructo, porque as crias, que nascerem, são destinadas a completar o rebanho.

Em tal caso, por equidade, se lhe permitte renunciar o usufructo entregando os animaes restantes. Mas si só pereceu menos da terça parte do rebanho, não é permittido ao usufructuario renunciar o usufructo, e será obrigado a continuar, salvo si entregar o rebanho completo, preenchendo o numero dos que faltarem.

Deve tambem entregar os despojos dos que fallecerem, como sejão os couros, as pelles etc., e si delles se tiver aproveitado, pagará seu valor.

O art. 1118 só se refere á perda acontecida no anno corrente. Supponha-se que o usufructo começou no 1° de Janeiro de 1872. Si todos os annos tem havido perdas de animaes, mas que não excedem da terça parte em cada anno, ainda que a final o rebanho esteja reduzido a um pequeno numero, não póde o usufructuario usar da faculdade que lhe concede o art. 1118. A perda de um pequeno numero é facil de substituir-se, e si o não fez o usufructuario, presume-se negligencia de sua parte.

Digitized by Google

Art. 1119.— Se presume que a cousa é dada em usufructo para conservar o destino, que tinha anteriormente.

E' obrigação do usufructuario conservar a substancia da cousa, e por conseguinte não lhe é licito mudar-lhe o destino. Si é legado o usufructo de um sitio de criação, entende-se que só para a criação foi feito o legado. Legado o usufructo de uma fabrica de lapidação, entende-se que foi legado para o fim de lapidação.

Art. 1120— Si o usufructo é constituido sobre capitaes a juro, ou sobre quaesquer outros interesses, como fundos publicos, acções de companhias, ou de semelhante natureza, nem o proprietario, nem o usufructuario póde levanta-los e dar-lhes differente destino, sem mutuo accôrdo.

A cousa sujeita ao usufructo não póde ser alterada, substituida por outra, e nem seu destino ser mudado, como vimos (art. 1066).

E' portanto indispensavel o accôrdo do usufructuario e do proprietario para levantarem-se capitaes, que estão empregados de certa fórma ; que apolices da divida publica, por exemplo, sejão vendidas, e o capital empregado na compra de acções de companhias publicas.

Art. 1121.— Póde, porém, o consentimento do proprietario, ou o do usufructuario ser supprido pelo juiz, para levantarem-se os capitaes:

1.°— Si o exigir o pagamento de dividas, a que estejão sujeitos os bens usufruidos;

2.°— Si estiverem em risco de perderem-se.

A obrigação de conservar a cousa não deve ser entendida com um rigor exagerado. Todo o principio, por mais absoluto, que seja, modifica-se conforme as circumstancias. Vender uma apolice da divida publica, empregar o capital em acções de alguma companhia publica, é sem duvida mudar a substancia da cousa, ou o seu destino.

Digitized by Google

Acções de companhias, dadas em usufructo podem se achar em perigo de perderem-se, como todos os dias acontece, e convirá que sejão vendidas. Tanto o usufructuario como o propietario são interessados na sua venda. Si um delles caprichosamente não concorda, deve se facultar ao outro o recurso ao juiz, que, em vista das razões allegadas pelas partes, concederá ou não a licença pedida.

Outro caso é si exige pagamento de dividas, a que estejão sujeitos os bens usufruidos, e isto pelas razões expendidas no commentario do art. 1110.

> Art. 1122.— No caso do numero 2º do artigo antecedente recebidos os capitaes, o novo destino deve ser dado a aprazimento do proprietario e do usufructuario, prevalecendo no caso de divergencia o voto do proprietario, si este der caução; si não a der devolve-se o mesmo direito ao usufructuario, dando este caução especial.
>
> Si nenhum der caução, decidirà o juiz.

Si por sentença do juiz fôr o proprietario ou o usufructuario autorizado a levantar capitaes empregados, si, por exemplo, fôr autorizado a vender acções de companhias, cumpre primeiramente que elles accordem sobre o destino que de novo devem ter. O proprietario é o mais interessado em que os capitaes tenhão um emprego, que offereça segurança, porque tem de recebe-los, extincto o usufructo. Divergindo a sua opinião da do usufructuario, deve aquella prevalecer.

O proprietario quer que os capitaes sejão empregados a juros em poder de Pedro, o usufructuario quer que se emprestem a Paulo. Prevalecerá a opinião do proprietario, mas prestará caução de serem os juros pagos p ontualmente ao usufructuario Si o proprietario não quer prestar caução, prevalecerá a opinião do usufructuario, os capitaes serão emprestados a Paulo, si prestar nova caução, que garanta ao proprietario o recebimento dos capitaes, logo que se extinga o usufructo.

Si, porém, no caso de divergencia, nem o proprietario, nem o usufructuario der caução, decidirá o juiz.

Digitized by Google

SECÇÃO II

EXTINCÇÃO DO USUFRUCTO

Art. 1123.—Extingue-se o usufructo:

1.º—Pela morte do usufructuario, ainda que fôsse instituido até certo tempo, salva a disposição do art. 1069;

2.º—Pelo preenchimento do termo fixado por lei, convenção das partes, ou vontade do instituidor;

3.º—Pelo implemento da condição resolutiva;

4.º—Pela resolução do direito do instituidor do usufructo;

5.º—Adquirindo o usufructuario a propriedade;

6.º—Pela renuncia do usufructo;

7.º—Pela perda total da cousa usufruida;

8.º—Pela prescripção.

Já dissemos que o usufructo é um desmembramento da propriedade, como tal julgado desfavoravelmente pela lei; o gozo, que se separára da propriedade, cumpre que quanto antes se una á mesma; a sua separação perpetua, ou por largo tempo, é prejudicial aos interesses da sociedade, porque em regra ao usufructuario não interessa melhorar a cousa usufruida, que fica quasi fóra do commercio, e tornão-se difficeis suas mutações. E' por esta razão que a lei facilita a extincção do usufructo, como vamos vêr.

A primeira causa por que se extingue o usufructo é a morte do usufructuario. Os romanos já assim decidião: *Morte amitti usum fructum non recepit dubitationem. Cùm jus fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud quod personæ cohæret.* Consideravão assim os romanos o usufructo como um direito personalissimo inherente á pessoa do usufructuario, *quod personæ cohæret*, e que se não transmittia aos herdeiros.

Ainda que se tenha convencionado que o usufructo passará por morte do usufructuario ao herdeiro, tal convenção se julgará não escripta, e por morte do usufructuario passará a cousa ao proprietario.

O art. 1123 salva o caso do art. 1069, é o caso do usufructo

Digitized by Google

constituido em favor de varias pessoas simultanea ou successivamente, mas que existem ao tempo, em que se torna effectivo o usufructo. Propriamente não ha aqui uma excepção, porque o constituidor do usufructo subordinou a sua extincção á condição da morte de varias pessoas existentes ao tempo, em que elle se torna effectivo.

O segundo caso em que se extingue o usufructo é o preenchimento do termo fixado pela lei, convenção das partes, ou vontade do testador.

O termo da extincção do usufructo póde estar marcado por lei, como é o usufructo legal, que cessa com a maioridade do filho ou com sua emancipação. Da mesma sorte o usufructo concedido a uma pessoa juridica se extingue passados 30 annos (art. 1130).

Si o usufructo foi comprado por 10 annos, extingue-se passados os 10 annos do contrato. Si foi concedido pelo testador por prazo de 10 annos, estes se contarão do dia da abertura da herança, isto é, da morte do testador, porque nesse dia é que se torna effectivo o usufructo.

Em terceiro logar o usufructo se extingue pelo implemento da condição resolutiva. Esta condição, como já vimos, resolve todos os actos juridicos, e neste caso se entende que o usufructo nunca foi constituido, porque a resolução tem effeito retroactivo.

Em quarto logar extingue-se o usufructo pela resolução do direito de seu instituidor, pela regra *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Supponha-se que aquelle, que comprou a cousa com o pacto *a retro*, a dá em usufructo. Si o vendedor usar do seu direito de remissão, a cousa passa para o seu dominio, e extingue-se o usufructo.

Em quinto logar extingue-se o usufructo, adquirindo o usufructuario a propriedade. E' o que se chama consolidação dos dous direitos. O usufructuario póde adquirir a propriedade por

Digitized by Google

todos os meios reconhecidos em direito, por compra, venda, doação, ou succedendo ao proprietario. Logo que elle se constitue proprietario, continúa, é certo, a gozar da cousa, mas não como usufructuario, seus direitos já não têm mais limites; goza como proprietario; não ha mais um usufructo; *res sua nemine servit.*

O art. 1123 diz que o usufructo extingue-se adquirindo o usufructuario a propriedade ; e porque não diz que elle tambem se extingue adquirindo o proprietario o usufructo ?

E' porque logo que se extingue o usufructo, o proprietario o adquire ; o usufructo une-se á propriedade. O proprietario só adquire o usufructo quando este se extingue, e não ha outro algum caso de extincção além dos mencionados no art. 1123.

Por morte do usufructuario extingue-se o usufructo ; qual o resultado ? O proprietario adquire o usufructo. Acaba-se o termo do usufructo e elle se extingue ; qual o resultado ? O proprietario ainda adquire o usufructo.

Em todos os casos em que se extingue o usufructo (a não ser pela perda da cousa), o proprietario adquire o usufructo.

Si o proprietario compra o usufructo ? E' o caso da renuncia feita pelo usufructuario, renuncia a titulo oneroso.

E' o sexto caso, por que se extingue o usufructo, a renuncia. Esta póde ser gratuita ou a titulo oneroso, póde ser por todas as maneiras, porque se transmittem direitos entre vivos.

Extingue-se o usufructo pela perda total da cousa usufruida. Se diz a perda *total*, e é essencial ; porque, como adiante veremos, si a perda não é total, o usufructo continúa na parte restante. *Est enim usufructus jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.*

Finalmente, o usufructo póde extinguir-se pela prescripção.

Si o usufructuario de um predio não exerce o usufructo durante 30 annos, e o proprietario o possue como livre, extingue-se o usufructo pela prescripção (art. 1348).

Si aquelle que não é o verdadeiro usufructuario renuncía o usufructo, por exemplo, vendendo-o ou transferindo-o por qualquer

Digitized by Google

fórma ao proprietario, extingue-se o usufructo por 10 ou 20 annos (art. 1346).

Um terceiro que está na posse de um predio alheio, sem titulo exercendo a plena propriedade por 30 annos, prescreve qualquer direito de usufructo que haja sobre o predio; si tem titulo *a non domino* prescreve por 10 ou 20 annos.

Quanto aos bens moveis, procede a mesma regra, applicando-se os arts. 1351 a 1554.

Art. 1124. — O usufructo concedido a alguem, até certa idade de terceira pessoa, extingue-se pela morte dessa pessoa antes da idade designada.

O direito geralmente em vigor, é que o usufructo concedido até certa idade de terceira pessoa, durará até os annos prefixos, ainda que essa terceira pessoa falleça antes.

Caius será usufructuario de tal predio até que Titius chegue á idade de 30 annos. Titius fallece antes dos 30 annos; se decide que não se extingue o usufructo de Caius, e este gozará dos bens até que chegue o dia em que Titius completaria 30 annos, si não morresse.

Esta decisão, geralmente adoptada, funda-se na presumpção da lei romana que quem constituio o usufructo tomou em consideração, não a pessoa do terceiro, que morreu, mas um periodo de duração, certa e determinada, designado no interesse do usufructuario e para marcar a duração do usufructo. A lei romana diz: *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula*.

E' uma das presumpções inteiramente arbitrarias, e sem fundamento. E' tão presumivel que neste caso o instituidor do usufructo tenha attendido *ad vitam hominis*, como *ad certa curricula*.

Si queremos nos levar por presumpções, devemos antes suppôr que quem institue um usufructo até á idade de certa pessoa, teve mais em vista a vida desta, que certo tempo.

Digitized by Google

Caius, instituindo Titius usufructuario de um predio, até que Sejus tenha a idade de 30 annos, quando este tem 20 no tempo da instituição, poderia mais claramente instituir o usufructo por 10 annos; mas si mandou que elle durasse até aquella idade, é porque queria que elle durasse em quanto Sejus vivesse. Logo deve-se presumir que tomou em consideração a vida de Sejus, e não *certa curricula*.

E' ainda de presumir-se que o usufructo tenha de aproveitar directa ou indirectamente, clara ou occultamente, a essa pessoa, de cuja vida depende sua extincção.

E' por estas considerações que o art. 1124 decide de modo inteiramente contrario ao direito romano e ás disposições dos codigos modernos, que o adoptárão.

> Art. 1125.—O usufructo, concedido até á maioridade de certa pessoa, não se extingue pelo facto desta emancipar-se.

A maioridade, em regra, é aos 21 annos, a emancipação é excepção. Aquelle, que institue o usufructo até á maioridade de certa pessoa, teve em vista a regra e não a excepção; teve em vista a idade de 21 annos dessa pessoa e não o facto eventual de sua emancipação. Portanto o usufructo só se extinguirá completando essa pessoa 21 annos, embora se emancipe aos 18.

> Art. 1126.—O usufructo constituido em proveito de varias pessoas vivas, ao tempo de sua instituição, só se extingue pela morte da ultima, que sobreviver.

Como veremos no art. 2238, a renda instituida em favor e sobre a vida de varias pessoas, irá se extinguindo proporcionalmente pela morte de cada uma dellas.

O art. 1126 estabelece regra inteiramente contraria quanto ao usufructo. Caius e Titius, são usufructuarios simultaneamente de um predio, devendo a propriedade passar para Sejus depois da morte delles. Fallecendo Titius, não se consolida a metade da propriedade do predio em favor de Sejus; Caius fica usufruindo

Digitized by Google

todo o predio, e só por sua morte se extingue o usufructo em favor de Sejus. E' o direito de accrescer no usufructo.

Qual o systema mais razoavel, o que faz extinguir o usufructo proprocionalmente com a morte de cada usufructuario, ou o que accresce aos sobrevivos a parte do fallecido?

A excepção do codigo portuguez (art. 2250), nenhum outro codigo regula este caso. O caso particular do legado do usufructo deixado a varias pessoas é regulado pelo direito romano, que admitte o direito de accrescer entre collegatarios usufructuarios, ainda depois de terem aceitado a herança, o que não tinha logar tratando-se do legado da propriedade.

Assim, no caso figurado acima, em vez do usufructo, foi a propriedade do predio que o testador legou a Caius e Titius. Si, depois de terem aceitado o legado, morre Titius, a parte deste no predio passa a seus herdeiros e não accresce a Caius.

A razão, se diz, é porque quem institue um usufructo em favor de varias pessoas simultaneamente, quer que haja o direito de accrescer, e que a propriedade plena só passe para o proprietario depois da morte do ultimo usufructuario.

Se diz ainda que a propriedade consiste mais em direito que em facto, e pelo contrario o usufructo consiste em factos de posse, que diariamente se renovão: *ususfructus, quotidie constituitur, quotidie legatur* (Troplong).

Ha ainda outras razões, mas todas fracas; de fórma que indifferentemente se póde adoptar um ou outro systema. Si o instituidor do usufructo quizer que este se vá extinguindo proporcionalmente pela morte de cada um dos usufructuarios, assim o declare no acto da instituição.

Art. 1127.— A morte do proprietario não extingue o usufructo; os direitos e obrigações daquelle passão a seus herdeiros.

A vida do usufructuario é que impede a consolidação da propriedade com o usufructo. Por ser contrario ao interesse social o desmembramento perpetuo ou por longo prazo, não

Digitized by Google

permitte a lei que o usufructo passe com a herança, e manda que se extinga com a morte do usufructuario. E' portanto um caso excepcional.

Mas não succede o mesmo ém relação ao proprietario. Seu direito entra na regra geral; si morre o proprietario ,não se extingue o usufructo, o direito á nua propriedade passa aos herdeiros. E nem era preciso que a lei o dissesse, pórque sendo esta a regra, e a excepção a extincção do usufructo pela morte do usufructuario, estava entendido que se não consolidava a nua propriedade com o usufructo pela morte do proprietario.

Art. 1128.— Ainda que haja um termo para a extincção do usufructo, acabará este, si der-se alguma outra causa de extincção.

Este artigo é de grande importancia, expressa a idéa fundamental, que o usufructo não póde passar em caso algum ao herdeiro do usufructuario. Si não houvesse este artigo o herdeiro poderia continuar a exercer o usufructo.

Supponha-se que o usufructo de um predio é deixado para Pedro por tempo de 100 annos.

Não é provavel que Pedro viva 100 annos. Si viver terá o usufructo durante todo esse tempo; mas si morrer, ainda que seja no primeiro anno, se julgará extincto o usufructo, embora o seu termo não esteja preenchido, e ainda faltem 99 annos.

Temos outro exemplo no art. 1130. O usufructo instituido em favor de uma pessoa juridica não póde exceder de 30 annos, e si antes desse tempo extinguir-se a pessoa juridica, acabará o usufructo.

Não havendo esta disposição, poderia dar-se usufructo perpetuo; bastava que o instituidor o estabelecesse por mil ou mais annos.

Este exemplo entra na disposição do art. 1123 n. 1°, que manda extinguir o usufructo com a morte do usufructuario, ainda que tenha sido instituido até certo tempo.

Digitized by Google

Art. 1129.—O usufructo não se extingue, ainda que o usufructuario faça máo uso da cousa usufruida; mas si o máo uso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietario, poderá este requerer as providencias do art. 1096.

Paragrapho unico.—Em todo o caso tem o proprietario direito a ser indemnizado por perdas e damnos.

Nada ha que justifique as disposições de alguns codigos, que mandão cessar o usufructo pelo máo uso, que da cousa usufruida faz o usufructuario; é isso devido, dizem os autores á errada interpretação do texto das institutas, que faz cessar o usufructo *non utendo per modum et tempus*.

E' justo que quando o usufructuario abusa do seu direito seja condemnado a perdas e damnos, é ainda justo que a cousa, conforme as circumstancias, seja tirada do seu poder; mas não ha razão para se decretar a extincção do usufructo e sem indemnização.

E' o que autoriza o art. 1129. Si o abuso da cousa se torna consideravelmente prejudicial ao proprietario terá este o direito de requerer as providencias do art. 1096, isto é, que a cousa seja deixada na administração de terceiro, ou delle mesmo proprietario prestando caução, e não perde o usufructuario o direito aos fructos.

E' necessario, porém, para que o proprietario tenha direito a requerer as providencias do artigo 1096 que o abuso do usufructuario lhe seja consideravelmente prejudicial; porque não se dando prejuizo consideravel, com a caução prestada pelo usufructuario tem o proprietario a necessaria segurança. A importancia da caução servirá de base para conhecer-se si o prejuizo é ou não consideravel.

Art. 1130.—O usufructo, que fôr constituido em favor de uma pessoa juridica, por mais de trinta annos, se extinguirá findo este termo, salvo o direito de prorogação.

Paragrapho unico.—Si antes de findar-se o prazo, acabar a pessoa juridica, fica extincto o usufructo.

Si o usufructo fôr perpetuo, a propriedade se faz inutil, já

Digitized by Google

o dissemos. As pessoas juridicas nunca morrem, e si lhes fôr deixado algum usufructo, cumpre que o seu tempo seja limitado. O usufructo deixado a uma pessoa natural, póde ser vitalicio, porque a pessoa natural tem necessariamente um termo de existencia.

Entendião os romanos que o mais longo termo da vida humana era de 100 annos, e por isso limitavão a 100 annos o mais longo termo do usufructo concedido ás pessoas juridicas, como: igrejas, municipios, corporações de mão morta, etc. *Et placuit centum annis tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longevi hominis est.*

Mas, a regular-se o tempo do usufructo concedido ás pessoas juridicas pelo termo da vida humana, não se deverá escolher o mais longo tempo que o homem possa viver, e sim o termo médio da vida humana. E' a razão por que os codigos modernos reduzem o tempo do tal usufructo a 30 annos, entendendo com razão ser esse o termo médio da vida humana, e porque tambem o prazo mais longo da prescripção é de 30 annos.

O art. 1130 do projecto adoptou este systema. O usufructo concedido a um hospicio, por exemplo, de um predio por 50 annos, não é nullo; mas, passados 30 annos, se extingue em favor do proprietario.

Si o hospicio fôr dissolvido ou acabar-se antes dos 30 annos, ficará extincto o usufructo, como se explicou no art. 1128.

Art. 1131.—O proprietário póde alienar a cousa usufruida, salvo o direito do usufructuario.

Já vimos que o usufructuario póde alienar o usufructo. A propriedade desmembra-se; tanto o usufructuario como o proprietario pódem alienar o seu direito, um sem prejuizo do outro.

Ao proprietario, quando aliena seu direito, não é licito impôr condições onerosas ao usufructuario.

Art. 1132. — Tanto o proprietario como o usufructuario têm o direito de segurar a cousa usufruida.

Digitized by Google

Nenhum, porém, sem o consentimento do outro, poderá concorrer com mais de metade do preço do seguro, si ambos quizerem segurar a cousa.

Paragrapho unico. — Não constando, por conta de quem se fez o seguro, entende-se que o usufructuario e o proprietario concorrêrão em partes iguaes.

Nem o proprietario nem o usufructuario são obrigados a segurar a cousa; mas tanto um como outro tem o direito de fazê-lo.

Esta é a idéa fundamental que regulará as relações entre o proprietario e o usufructuario em materia de seguro.

O seguro é um acto de conservação que cada um póde fazer, mas não é obrigatorio. Tanto um como o outro é interessado em segurar; o usufructuario para não perder o gozo da cousa, e o proprietario para não perder a mesma cousa, que afinal lhe ha de ser entregue, findo o usufructo.

Nem o proprietario é mandatario do usufructuario, nem este daquelle; portanto, se não póde dizer que um seja obrigado pelo outro a fazer o seguro; é direito de cada um delles para salvar seus interesses.

E' assim, com razão, que o art. 1132, dando a cada um delles o direito de segurar a cousa, accrescenta que nenhum, sem o consentimento do outro, poderá concorrer com mais da metade do preço do seguro, si ambos quizerem segurar.

Ambos são interessados, um pela conservação da propriedade e o outro pela conservação do usufructo; o direito de segurar deve ser igual.

Caius é proprietario de um predio e Titius seu usufructuario. O predio é seguro por 4:000$ e o preço do seguro é 40$; si ambos quizerem segurar o predio, cada um concorrerá com 20$, e sem o consentimento de Caius não poderá Titius concorrer com 30$ para aquelle só concorrer com 10$, ou pagar todo o preço excluindo-o.

Si o recibo do preço do seguro é passado ao proprietario e ao usufructuario, não se podendo saber qual delles pagou, entende-se que pagárão em partes iguaes.

Digitized by Google

Art. 1133.—Si só o usufructuario ou só o proprietario tiver segurado a cousa usufruida, em todo o tempo, emquanto não findar-se o prazo do seguro, não póde o que só segurou a cousa, impedir que o outro tambem concorra para o seguro, pagando-lhe este até a metade das despezas do seguro e os juros correspondentes.

No exemplo figurado, supponha-se que Caius pagou os 40$ por um anno. Passados seis mezes, Titius tambem quer concorrer para o seguro; tem direito de fazê-lo, mas só até á metade das despezas do seguro, isto é, só até 20$. Porque, como já vimos, nem o proprietario nem o usufructuario, um sem o consentimento do outro, póde concorrer com mais da metade das despezas do seguro. Titius, sem o consentimento de Caius, que primeiro segurou a cousa, não póde concorrer com 30$ para as despezas do seguro; póde concorrer com 10$, ou qualquer outra quantia inferior á metade das despezas.

Art. 1134.—O proprietario, ou usufructuario, que á sua custa sómente houver segurado a cousa usufruida, haverá por inteiro no caso de sinistro o preço do seguro.

Ainda no exemplo figurado, Caius só segurou o predio, só elle concorreu com as despezas do seguro; o predio é totalmente destruido por um incendio: os 4:000$, que tem de pagar o segurador pertencem só a Caius, e extingue-se o usufructo. Si foi só Titius que fez o seguro, os 4:000$ lhe pertencem, e igualmente extingue-se o usufructo.

Alguns escriptores não pensão assim. Por exemplo, Laurent sustenta que, quando o usufructuario segura o predio e este se perde, tem aquelle só o direito de usufruir o preço do seguro, que afinal, extincto o usufructo passará para o proprietario. No exemplo figurado, si Titius usufructuario foi quem segurou o predio, que incendiou-se, dos 4:000$ de indemnização, só tem elle usufructo, e, extincto este, passaráõ para o proprietario.

A indemnização, diz Laurent, representa o valor da propriedade, e o usufructuario não é proprietario, só tem o direito de zar; é obrigado a conservar a cousa, e geralmente se concorda

Digitized by Google

em que o proprietario conferio-lhe um mandato tacito de fazer tudo o que fôr necessario para conservar os interesses communs.

Mas, si foi o proprietario quem segurou a cousa, si no exemplo proposto foi Caius quem segurou o predio, entende Laurent, que o usufructo se extingue, e os 4:000$ da indemnização pertencem a Caius. A razão, diz elle, é porque o proprietario não é, como o usufructuario, obrigado a conservar a cousa, e si a segura, é só no interesse de sua propriedade, e demais não é mandatario do usufructuario.

Taes razões são todas especiosas. O usufructuario não é mandatario do proprietario, assim como este o não é do usufructuario. Tal mandato tacito é uma ficção, que se não justifica com razão alguma juridica.

O usufructuario tem, é certo, obrigação de conservar a cousa, mas não de segura-la, como confessa Laurent. O vendedor é obrigado a conservar a cousa antes de entrega-la; todo aquelle, em geral, que é obrigado a entregar a cousa alheia, tem tambem obrigação de conserva-la, e ninguem jámais disse que deve segura-la. Si o usufructuario segura a cousa, é em seu proprio interesse, e não no interesse do proprietario, e si este tambem a segura, é só no interesse da sua nua propriedade. O proprietario não deve ter melhor condição que o usufructuario. Si deixou de segurar sua propriedade, e esta se perdeu, deve soffrer as consequencias, o prejuizo será só seu.

Art. 1135.—Si a cousa fôr segurada á custa de ambos, cada um receberá do preço seguro, em caso de sinistro, uma parte proporcional á quota, com que tiver contribuido para o seguro.

Caius e Titius concorrêrão cada um com a metade das despezas do seguro, parte-se com igualdade a importancia da indemnização; si um concorreu só com a terça parte das despezas, tambem só terá a terça parte da indemnização.

Art. 1126.—Tendo o usufructuario contribuido com a metade, ou mais de metade, das despezas do seguro, no caso de sinistro, poderá exigir que o usufructo continue sobre o preço do seguro.

Digitized by Google

Si o usufructuario contribuio com a metade ou mais de metade das despezas do seguro, em caso de sinistro, tem de receber a metade ou mais da metade do preço do seguro (art. 1135). Neste caso, querendo, póde exigir que o usufructo continue na totalidade da indemnização paga pelo segurador. Com isto não soffre prejuizo algum o proprietario, porque extincto o usufructo recebe a indemnização por inteiro.

Art. 1137. —No caso do segurador, conforme tiver sido o sinistro, ou clausulas do seguro, preferir reconstruir, ou reparar a cousa usufruida, continuará sobre ella o usufructo; as despezas de reconstrucção ou reparação se reputarão despezas extraordinarias, como feitas pelo usufructuario e proprietario em proporção da quota, com que tiverem contribuido para o seguro, e serão applicaveis ao caso as disposições do art. 1105.

Paragrapho unico.—Si só o proprietario tiver concorrido para o seguro, sendo a cousa reconstruida pelo segurador, cessa o usufructo.

Nos contratos de seguro costuma o segurador estipular que ficará á sua escolha, no caso de incendio do edificio, ou pagar o preço do seguro, ou reconstruir o edificio, restabelecendo-o no seu estado primitivo.

Ainda no exemplo figurado. Si o predio foi incendiado, o segurador em vez de pagar os 4:000$, preço do seguro, prefere reconstruir, o edificio, e restitui-lo no seu antigo estado. Vejamos quaes ficão sendo as posições respectivas de Caius e Titius, em relação aos seus direitos sobre o predio reconstruido.

O usufructo continúa. Titius continuará a usufruir o predio, e, extincto o usufructo, passará elle para o proprietario.

Supponha-se que tanto Caius como Titius concorrêrão em partes iguaes para as despezas do seguro; cada um delles tinha direito de receber 2:000$, si o preço do seguro fôsse pago em dinheiro (art. 1135). O segurador em vez de pagar os 4:000$, empregou-os na reconstrucção do predio. Neste caso manda o art. 1137, que se observe a regra do art. 1105.

Os 4:000$, despezas da reconstrucção, considerão-se como

Digitized by Google

despezas extraordinarias, para as quaes contribuio Caius proprietario com 2:000$, e Titius usufructuario com igual quantia. Findo o usufructo, o predio passa para Caius, mas ha de pagar a Titius os 2:000$ com que este contribuio para as despezas (art. 1105 § 2°), e tem direito de cobrar semestralmente juros dos 2:000$ com que contribuio por sua parte (art. 1105 § 3°).

Si o segurador prefere reconstruir o edificio a pagar o preço do seguro, é que terá calculado que as despezas da reconstrucção são inferiores. Si só despender 3:000$ na reconstrucção, Caius só poderá exigir de Titius juros semestraes de 1:500$, e este, findo o usufructo, só poderá exigir 1:500$000.

Si o segurador na reconstrucção despendeu quantia superior ao preço do seguro, procede a mesma regra.

Art. 1138.— Perdendo-se só em parte a cousa usufruida, o usufructo continúa na parte restante.

Já dissemos que a perda da cousa, para extinguir o usufructo, deve ser total. Si a perda não é total, mas só em parte, o usufructo continúa no restante. Uma parte da cousa usufruida, embora a mais consideravel, é destruida, o usufructo continuará na parte restante, no solo da parte destruida e nos materiaes, porque estes como accessorios acompanhão a parte restante como principal.

O usufructo pelo mesmo acto é instituido em differentes casas; uma dellas se perde por incendio; com quanto o usufructo continue sobre as outras casas, não continúa no sólo e materiaes da casa incendiada, porque aqui devem se considerar tantos usufructos distinctos, quantas são as casas. *Si cui insulæ ususfructus legatus est, quandiu quod libet portio ejus insulæ remanet, totius soli usumfructum retinet.*

Art. 1139.— O usufructo, constituido em algum edificio que seja o objecto principal delle, si este se destruir, por qualquer accidente, ou por vetusto, não continuará no sólo, nem nos materiaes, nem no edificio depois de reconstruido.

Digitized by Google

E' deixado o usufructo de uma casa. A casa é o principal, o sólo o accessorio. Perdendo-se a casa, não continúa o usufructo sobre o sólo; e ainda que a casa seja reconstruida, não ficará sujeita ao usufructo.

A' primeira vista estas e outras disposições pareceráõ subtilezas do direito romano. Por que, destruida a casa, não continuará o usufructo sobre o solo? O sólo ainda poderá ser de grande utilidade para o usufructuario. Da casa destruida, por um abalo da terra, por exemplo, podem ficar materiaes de subido valor, que, convertidos em capitaes, serão de grande utilidade para o usufructuario; por que ficará este privado dessas vantagens?

Valerá pouco talvez a mão de obra de um edificio e seus materiaes valeráõ o duplo ou triplo. O sólo póde ser de mais valor que o edificio.

Tudo isso póde acontecer, o legislador o comprehende; mas olha favoravelmente para a consolidação do usufructo com a propriedade. O desmembramento desta é um mal social, e convem facilitar os meios de sua extincção.

Ha uma excepção, é a do art. 1137 com referencia ao art. 1105. O predio completamente demolido estava seguro pelo proprietario ou pelo usufructuario. No primeiro caso extingue-se o usufructo; mas si estava seguro pelo usufructuario, depois de reconstruido, continua o usufructo, tendo o usufructuario o direito de cobrar do proprietario a importancia da reconstrucção, findo o usufructo.

> Art. 1140.— Si o usufructo fôr constituido em alguma propriedade, que seja objecto principal delle e accessorio o edificio, destruindo-se este, continuará o usufructo no solo e nos materiaes.

O caso deste artigo é o inverso do artigo antecedente. Uma fazenda de cultura, ou um sitio de criação é deixado em usufructo. E' evidente ser accessorio o edificio, e principal o terreno de cultura ou criação. Si perder-se o edificio, continúa o usufructo sobre o terreno.

Digitized by Google

Art. 1141. — Si a cousa usufruida fôr expropriada por utilidade publica, no todo ou em parte, a importancia da indemnização será applicada na fórma do art. 1122.

Neste caso não ha propriamente perda da cousa; a indemnização que paga o estado a substitue, e será ella applicada nos termos do art. 1122.

Art. 1142. — Extincto o usufructo, passa a cousa ao proprietario, salvo o direito de retenção nos termos do art. 568.

Extincto o usufructo, passa a cousa ao proprietario. A propriedade torna-se plena, e desapparece o desmembramento que existia durante o usufructo.

O usufructuario recebeu a cousa com a abrigação de entrega-la ao proprietario, extincto o usufructo; tem, portanto, direito ás despezas que tinha feito com a sua conservação, ou com bemfeitorias consentidas pelo proprietario.

Por todas essas despezas lhe é licito reter a cousa nos termos do art. 568.

CAPITULO V

Do uso e habitação

Art. 1143. — Os direitos do uso e da habitação são limitação do direito do usufructo.

Art. 1144. — Os direitos do usuario e do morador serão os que constarem do titulo constitutivo do uso e da habitação, e, na falta ou deficiencia do titulo, serão regulados, pelo que se acha estabelecido a respeito do usufructo.

Este capitulo se compõe apenas de dous artigos. Não regulando a lei o uso e a habitação, nem os definindo, deixa á vontade das partes regular os direitos do usuario e do morador. O capitulo só tem por fim mostrar de um modo positivo que

Digitized by Google

perante a lei não deve haver differença entre o usufructo e o uso e a habitação.

Um predio é entregue a alguem para delle gozar; si esse gozo é limitado, não só quanto á percepção dos fructos, como ao exercicio de certos actos, limitações que vêm definidas na lei, se diz que foi concedido o *uso*; si não ha limitações, se diz que foi concedido o usufructo. Não concebemos a utilidade desta distincção, inteiramente arbitraria, e que só serve para complicar o direito. As partes que limitem como quizerem ou ainda ampliem os direitos do usufructuario; convem eliminar da lei essas duas expressões inuteis e perniciosas de *uso* e *habitação*.

Alguem tem o direito de gozar de um predio, mas sem o direito de perceber os fructos, quer naturaes, quer civis, salvo uma porção quanto baste para as suas necessidades e as das pessoas de sua familia: se diz que só tem direito de *uso*, e não *o usufructo. Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.* São subtilezas da lei.

Si os fructos do predio são apenas sufficientes para a sustentação do *usuario* e de sua familia, elle os consome todos; eis um uso convertido em usufructo.

Eis uma lei singular: *Si pecorum vel ovium usus legatus est neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest* (Inst. de us. hab.).

Eis o unico uso que a lei permitte fazer dos carneiros, *ad stercorandum agrum suum.* E si o usuario não precisa do gado *ad stercorandum agrum suum,* a que fica reduzido o seu uso?

A habitação consiste no direito de morar e residir em casa alheia, e tambem de aluga-la, isto é, perceber os fructos civis. *Si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est; et dare legatario etiam locationis licentiam: quid enim distat sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat?*

Eis a habitação transformada em usufructo.

Digitized by Google

Nos codigos modernos, que tratão do uso e da habitação, vêm as mesmas distincções arbitrarias e inuteis. A linguagem vulgar, neste ponto, é mais correcta que a da lei. O vulgo não faz differença entre uso, habitação e usufructo.

O codigo francez, que gasta doze artigos com esta materia, no art. 628 diz: « Os direitos do uso e da habitação são regulados pelos titulos, que os constituem, e podem ser mais ou menos ampliados conforme as instituições.»

Bastava este artigo. De que serve regular o uso e a habitação quando o póde fazer o seu instituidor ? Si não fôrão regulados, entende-se que são concedidos ao usuario e ao morador todos os direitos conferidos ao usufructuario.

Si o testador lega a habitação de uma casa, entende-se legado o usufructo ; si quer que o legatario não possa aluga-la, assim o declare ; limite o usufructo deixado. Si legou o uso de um predio fructuario, entende-se que legou o usufructo ; si quer que o legatario só perceba os fructos necessarios para a sua sustentação e de sua familia, assim o declare ; na falta de declaração, entende-se legado o usufructo.

CAPITULO VI

Da servidão

Art. 1145.— Servidão é o encargo, imposto sobre um predio para uso e utilidade de outro predio pertencente a differente dono. O predio sujeito á servidão diz-se serviente, e o que della se utiliza, diz-se dominante.

Servidão propriamente, ou antes original e historicamente, é a sujeição de um predio a outro. Vem de *servus*, escravo. Aqui é a sujeição de um predio em beneficio de outro predio. Fallando com exactidão, um predio não serve a outro ; o encargo, que lhe é imposto, aproveita ao proprietario do predio dominante,

Digitized by Google

e ao proprietario do serviente incumbe respeitar o encargo do predio de seu dominio. Como, porém, quaesquer que sejão as mutações da propriedade, o predio serviente e o dominante são sempre os mesmos, conservão essas denominações, porque os encargos tambem se transmittem.

Nas nossas leis ha poucas disposições sobre servidão; o que regula é o direito romano, manancial inexgotavel como subsidiario.

O projecto não faz distincção entre servidões rusticas e urbanas. Não ha razão, nem necessidade; umas e outras devem ser reguladas pelos mesmos principios.

A servidão é essencialmente um encargo em proveito de outro predio, porque rigorosamente não ha servidão pessoal, e sim o direito real. Si alguma familia tem o direito de passar pelo predio alheio, não ha servidão pessoal, mas o direito real de passagem para essa familia. Extincta a familia, cessa o direito. Mas si o encargo de passagem é em razão de se achar encravado o predio, onde mora a familia, ha servidão; porque, ainda que se extingua a familia, seus successores conservão o mesmo direito.

O encargo deve ser em proveito de outro predio pertencente a differente dono; porque si ambos os predios pertencerem ao mesmo dono, não ha servidão, pela regra *nemo sibipsi servitutem debit*.

Art. 1146.— A servidão deve ser de utilidade ao predio dominante, e sua extensão se determina pela necessidade deste.

A decisão emana da propria definição da servidão. Assim o direito romano considerava como irrisoria se sem valor certas servidões, como a que veda a outrem de lavar dentro da sua propriedade, ou de passeiar no seu proprio predio. Taes encargos devem se considerar antes como convenções transitorias, no dizer de Hubero, que como servidões. *Quoties nec hominum nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non*

Digitized by Google

valet: veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. (L. 15, Dig. de servit.).

A extincção da servidão se determina pela necessidade do predio dominante. Si o direito de tirar agua na cisterna alheia é só para os usos domesticos, não póde ser tirada maior quantidade sem necessidade.

Art. 1147.—A servidão é inseparavel do predio, a que activa ou passivamente pertence.

Declarando, como fazião os jurisconsultos romanos, que a servidão é uma qualidade do predio, resumem-se em poucas palavras sua natureza e condições. *Quid aliut sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, et bonitas, salubritas, amplitudo?*

Sendo a servidão uma qualidade do predio, não terá uma existencia distincta e separavel delle. *Ideo autem hæc servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædis constitui non possunt.*

O direito ou a servidão não pertence ao homem, mas ao predio. *Hauriendi jus nom hominis, sed prædi est,* diz a lei romana com sua costumada energia e concisão.

Art. 1148.—Em consequencia da disposição do artigo antecedente:
1.º—A servidão passiva ou activa não póde ser alienada sem o immovel, a que pertence;
2.º—Aquelle, a quem passou o predio, entende-se te-lo adquirido com todas as suas servidões activas e passivas, sem necessidade de expressa declaração;
3.º—No caso de dividir-se o predio serviente, e a servidão ser exercida sómente em uma parte do predio, si houver alienação desta parte, as outras partes ficaráõ livres.

Como a servidão é uma qualidade inherente ao predio, é consequencia que não póde ser alienada sem o predio a que pertence activa ou passivamente. E' uma qualidade do predio, como o é a sua salubridade, diz a lei romana: a salubridade de um immovel não póde ser alienada. *Nemo enim potest servitutem acquirere prædi nisi qui habet prædium.*

Digitized by Google

Outra consequencia do principio estabelecido no artigo antecedente é que a transmissão do predio entende-se feita com todas as suas servidões activas e passivas sem necessidade de expressa declaração. São qualidades do predio, que o acompanhão em todas as suas transmissões entre vivos ou *causa mortis*.

Supponha-se ainda que a servidão se acha localisada, por exemplo, a servidão de acqueducto, e que pela posição do terreno não póde ser transportada para outra parte do predio serviente: neste caso a servidão é inherente a um ponto determinado do predio. Si o predio serviente vem a dividir-se e é alienada a parte que tem o encargo do acqueducto, as outras partes do predio ficão livres.

Art. 1149.— As servidões são indivisiveis.

As servidões são indivisiveis, *quia usus earum indivisus est*. As servidões não podem ser adquiridas por partes; não se póde adquirir uma quota parte do direito de passar por um predio, ou de vista para o mesmo. O uso do direito sim, póde ser limitado a certos dias, a certas horas; mas esse direito, que é limitado pelo exercicio, é um direito inteiro de servidão. *Quæcumque servitus fundo debetur omnibus ejus partibus debetur*; *et ideo quamvis particulatim venieret, omnes partes servitus sequitur*. (L. 23 § ult. Dig. de servit. prœdior. rust.).

Art. 1150.— Em consequencia da disposição do artigo antecedente:

1.º— Si o predio serviente fôr dividido entre varios consortes, cada porção do predio ficará sujeita á servidão, que tinha antes, sem alteração;

2.º— Si o predio dominante fôr dividido entre varios consortes, cada um destes usará da servidão, como si fôsse unico proprietario, sem, porém, alterar-se o onus da servidão.

E' consequencia da indivisibilidade da servidão, não se altera a mesma, ou se divida o predio dominante ou o serviente. A decisão ainda é fundada no principio dos jurisconsultos romanos,

Digitized by Google

que a servidão é uma qualidade do predio inherente a todas as suas partes.

Supponha-se que o predio serviente existe em communhão, por exemplo, por ter sido herdado por varios herdeiros, e que depois estes fazem sua divisão; cada porção do predio ficará sujeita á servidão anterior sem alteração. Está entendido, que se não trata da servidão localisada como no caso da servidão de acqueducto, de que se tratou no art. 1148. Si ha a servidão de vista sobre o predio, que se divide, cada uma das partes deste está sujeita ao encargo. Não se concebe o direito de meia vista, de um terço, ou um quarto de vista.

A mesma regra tem applicação si é o predio dominante que se divide. Si o predio, que se divide entre varios herdeiros, tem servidão sobre outro, cada um dos herdeiros, depois da divisão, conservará seu direito em toda a sua integridade.

O predio A tem servidão de passagem sobre o predio B. O predio A se divide entre os herdeiros Primus, Secundus e Tertius; qualquer destes herdeiros tem direito de passagem sobre o predio B, como si fôsse o unico proprietario do predio dividido. Mas, si a passagem é por um logar determinado, os proprietarios do predio dominante dividido não a podem exigir, sinão por aquelle logar.

Dir-se-ha que, si é o mesmo o logar da passagem, tornou-se este mais frequentada; si antes a passagem era feita pelo unico proprietario do predio dominante, depois da divisão é ella concedida aos diversos proprietarios das differentes partes do predio. Não se aggrava, porém, o onus da servidão. Pouco importa que a passagem seja dada a uma ou mais pessoas. A familia do dono do predio dominante, antes deste ficar pertencendo a varios herdeiros, podia tambem ter-se augmentado, e não se dirá que o dono do predio serviente tinha direito de pedir reducção.

O predio serviente póde ter sido dividido de maneira tal, que o caminho passe por todas as porções delle, ou só por algumas, ou só por alguma dellas.

Art. 1151.—As servidões são continuas ou descontinuas.

Digitized by Google

A divisão das servidões em continuas e descontinuas é reconhecida por nosso direito vigente, e se encontra em todos os codigos modernos. A divisão é de importancia; porque as servidões são reguladas differentemente conforme pertencem a uma ou outra classe, por exemplo tratando-se da prescripção (art. 1265).

Os romanos ainda dividião as servidões em rusticas e urbanas. Esta divisão se encontra em alguns codigos modernos, e regula-se pela qualidade dos predios, si são rusticos ou urbanos. As nossas leis tambem a reconhecem para certos effeitos. Foi supprimida no projecto por desnecessaria, visto que regula taes servidões pela mesma fórma.

Tambem o codigo francez no art. 687 divide as servidões em rusticas e urbanas, mas inutilmente, porque as regula em todos os casos pelas mesmas disposições.

Art. 1152.— Servidões continuas são aquellas, cujo uso é, ou póde ser incessante, independente de facto do homem, embora para começar dependa de facto do homem, e esteja sujeita á interrupção por qualquer impedimento, ou por lei da natureza.

O que caracteriza a servidão continua é ser ou poder ser o seu uso incessante, e independente de facto do homem, por exemplo, a servidão de aqueducto. Foi por facto do homem que o aqueducto se estabeleceu; mas, uma vez estabelecido, a agua continúa a correr, sem ser preciso facto actual do homem.

Tambem o dono do predio dominante póde não precisar da agua todos os dias, e fechar ou abrir o aqueducto, conforme suas necessidades. Apezar desta intermittencia do curso das aguas, a servidão não deixa de ser continua. E' verdade que para correr a agua de novo é necessario facto do homem; mas, logo que dá-se esse facto, a agua corre por si naturalmente, e o seu curso é continuo.

Da mesma fórma a servidão de vista sobre o predio vizinho é continua, embora, fechada a janella, fique interrompida, e para continuar dependa de facto do homem abrindo a janella.

Digitized by Google

Em ambos os casos o que constitue a continuidade da servidão é a existencia do aqueducto e da janella sobre o predio vizinho.

Póde tambem cahir o aqueducto, ou dever ser interrompida a passagem da agua para reparações; isso não impede que a servidão seja continua.

Art. 1153.— Servidões descontinuas são as que dependem, para seu exercicio, de facto do homem.

E', por exemplo, o direito de tirar agua no predio alheio, ou de passagem; é necessario facto do homem para que ella se exercite.

Art. 1154.— As servidões continuas e descontinuas são apparentes ou não apparentes.

Art. 1155.— Apparentes são as servidões, que se exercem por obras ou signaes exteriores;

Não apparentes são as servidões, que não apresentão indicio algum visivel.

Outra divisão importante das servidões é em apparentes e não apparentes. São reguladas por disposições especiaes, como veremos adiante.

As servidões apparentes são as que se exercem por obras ou signaes exteriores, e podem ser continuas ou descontinuas.

As servidões de aqueducto, de vista sobre o predio vizinho são servidões continuas e apparentes, porque se exercem independentemente de facto do homem, e ao mesmo tempo se manisfestão por obras exteriores.

A servidão de passagem é descontinua; póde ser apparente si existe, por exemplo, um caminho feito, um portão sobre o predio vizinho.

A servidão é não apparente quando não apresenta indicio algum visivel.

Assim a servidão *altius non tollendi* é continua, e não apparente: é a servidão de não edificar, ou de só edificar até certa altura.

Digitized by Google

A servidão de passagem pelo predio alheio é descontinua, e póde ser não apparente, si não existe um caminho aberto, ou não se manifesta por indicio algum visivel.

Art. 1156.—Na transmissão entre vivos por titulo oneroso, de um predio com todas as suas servidões, não se comprehendem as servidões passivas não apparentes, si destas não se fizer especial menção.

Paragrapho unico.—O adquirente do predio com taes servidões não declaradas tem direito á idemnização, si não preferir rescindir o contrato.

Um predio é vendido com todas as suas servidões, como geralmente se expressão os tabelliães quando lavrão escripturas; mas o dono do predio vizinho, afim de não prejudicar a vista do seu, adquirio sobre o predio vendido a servidão de não poder este ser levantado sinão até certa altura; é uma servidão passiva não apparente. Um terreno é vendido com suas servidões; mas nesse terreno o vendedor só podia plantar, e não edificar, por servidão constituida em favor do predio vizinho: é uma servidão passiva não apparente.

Na escriptura de venda do predio ou do terreno não se faz menção alguma da servidão, a que estavão sujeitos: o predio ou o terreno não se entendem vendidos com essa servidão; porque o comprador não podia vêr o que era invisivel, não havendo signal algum exterior de servidão; é um dos casos de vicios redhibitorios.

O comprador neste caso tem a escolha de exigir uma indemnização, visto que comprou o que valeria mais, si não houvesse a servidão, ou de resolver o contrato exigindo o preço, e ainda tem direito a perdas e damnos, como no caso de resolver-se o contrato por vicios redhibitorios.

Art. 1157.— Na alienação entre vivos, por titulo oneroso, de um predio, com todas as suas servidões, comprehendem-se as servidões apparentes, activas e passivas, e as activas não apparentes, ainda que dellas não se faça especial declaração.

Paragrapho unico.— Si a transmissão fôr a titulo gratuito, entre vivos ou por testamento, comprehende todas as servidões activas e passivas.

Digitized by Google

No mesmo exemplo figurado no artigo antecedente, o predio vendido está sujeito a uma servidão de aqueducto, é uma servidão passiva apparente; ainda que della se não faça menção, entende-se acompanhar o predio. O comprador não póde extingui-la, nem requerer indemnização, porque sendo visivel um aqueducto, o adquirente não tem de quem se queixar.

Si o predio tem uma servidão activa, qualquer que ella seja, apparente ou não, tambem entende-se transmittida, porque o predio passa com todas as suas qualidades. Assim si o predio tem a servidão activa de vista sobre o predio vizinho, servidão apparente, ou a servidão activa não apparente de não poder o vizinho edificar no seu predio, vendido aquelle, é acompanhado das servidões como seus accessorios.

Si, porém, a transmissão é a titulo gratuito, por exemplo por doação, ou si é feita por testamento, como o transmittente nada tem de garantir, o predio passa com todás as suas servidões activas e passivas, apparentes e não apparentes.

Art. 1158— As servidões resultão:
1.º— Da lei;
2.º— De facto do homem.

Geralmente se dividem as servidões em tres classes: 1ª, servidões, que nascem da situação dos logares, a que se dá o nome de servidões naturaes; 2ª, servidões estabelecidas pela lei; 3ª, servidões convencionaes.

Não deve haver differença entre servidões naturaes e as estabelecidas por lei, porque é a lei que determina e fixa as servidões, que nascem da situação dos logares. Considera-se, por exemplo, como servidão natural o encargo, que têm os predios inferiores de receber as aguas dos predios superiores, mas a natureza só não produz a servidão, é necessaria a intervenção da lei.

O art. 1158 não traz essa distincção; faz derivar da lei as servidões chamadas naturaes.

Digitized by Google

A denominação de servidões chamadas convencionaes tambem não é propria. As servidões desta classe não derivão só das convenções, podem tambem nascer do testamento. O testador, legando um predio, póde mandar que elle receba vistas do predio vizinho, ou suas aguas pluviaes; e ninguem dirá que tal servidão é fundada em convenção. A destinação do proprietario, de que trata o art. 1249, não é tambem convenção.

E' a divisão do codigo italiano art. 532: «La servitú prediale é stabilita dalla legge, o dal fatto dell'uomo.»

O velho Domat fazia melhor classificação, que os redactores do codigo francez não quizerão adoptar. As servidões, dizia elle, estão comprehendidas em duas especies geraes, a saber: servidões naturaes e de absoluta necessidade, como o curso d'agua para os predios inferiores, e as que não são de absoluta necessidade, mas que os homens estabelecem para a utilidade de seus predios, como si fôr convencionado que uma casa não possa ser levantada sinão até certa altura. A sua classificação das servidões é, emfim, em naturaes, comprehendendo as legaes, e estabelecidas por facto do homem.

Uma censura mais grave é que as pretendidas servidões chamadas naturaes e legaes, isto é, as que se considerão, como resultando da lei, não são propriamente servidões. Se diz que não ha servidões estabelecidas por lei, mas limitações da propriedade sanccionadas pela lei.

Os direitos de cada proprietario, sendo iguaes, todos os direitos individuaes devem se limitar reciprocamente para haver equilibrio. O direito de cada um é necessariamente limitado pelo direito dos outros. Um proprietario não póde ultrapassar os limites dos direitos, que lhe confere a propriedade. As limitações legaes da propriedade não são desmembramentos da mesma; é a propriedade inteira, que, embora limitada, fica intacta por sua natureza. Por conseguinte, as diversas limitações, de que a propriedade é objecto, constituem o regimen legal, e não servidões. Assim, o encargo a que está sujeito o predio inferior de receber

Digitized by Google

as aguas dos inferiores não é um desmembramento da propriedade, que diminua o predio serviente em beneficio do dominante.

Em certo sentido é admissivel esta censura, mas não ha inconveniente em considerarem-se essas limitações naturaes da propriedade como servidões; todas as legislações assim as considerão, e verdadeiramente é a lei que as reconhece como taes.

SECÇÃO I

DA SERVIDÃO LEGAL

Art. 1159.—Os predios inferiores estão sujeitos a receber as aguas que correm naturalmente e sem obra do homem, dos predios superiores, assim como as terras e entulhos, que ellas arrastão em sua corrente.

Nem o dono do predio inferior póde fazer obras, que estorvem esta servidão e a fórma della, nem o dono do predio superior póde fazer obras que a tornem mais onerosa.

Assim dispõe o direito romano. E' uma servidão que nasce da propria natureza das cousas. Virgilio assim diz:

... Has leges æternaque fœdere certis.

Imposuit natura locis.

Os predios inferiores, diz o artigo, estão sujeitos a receber as aguas que correm naturalmente dos superiores. E' sem duvida uma limitação do direito de propriedade.

Sendo um dos elementos do direito de propriedade o de exclusão, o dono do predio inferior devia ter direito de levantar diques para conter e excluir as aguas superiores; mas tal direito não deve ser entendido com tanta amplidão.

Não se distingue si as aguas são pluviaes ou si nascem no predio superior ou fóra delle; o essencial é que corrão naturalmente e sem obra do homem. Fica tambem incluida a obrigação de receber as terras e entulhos que as aguas acarretão em sua corrente.

Si foi por facto do proprietario do predio superior que as

Digitized by Google

terras e entulho descêrão para o inferior, o dono deste tem direito de obrigar aquelle a retira-las.

Sendo esta a servidão, o dono do predio inferior não póde obstar o seu exercicio por meio de obras no seu predio ; nem tambem ao proprietario do predio superior é licito fazer obras, que tornem a servidão mais onerosa, por exemplo, dando-lhe um curso mais rapido, ou desviando-a do seu curso natural.

Art. 1160.—Em consequencia das disposições do artigo antecedente:

1.º—As aguas, que correm naturalmente para o predio de um dono, não podem ser encaminhadas para o predio de outro dono, sem o consentimento deste ;

2.º—Não póde o curso natural das aguas ser desviado em prejuizo do predio inferior ;

3.º—O predio inferior não está sujeito a receber as aguas, que nascem de fonte aberta por obra do homem.

4.º—Uma vez desviadas as aguas do predio, de modo definitivo, naturalmente ou por obra do homem, não podem ellas de novo ser reconduzidas no seu curso primitivo, sem o consentimento do dono do predio inferior, por onde antes passavão.

A primeira consequencia da disposição do artigo antecedente é que si as aguas correm naturalmente para o predio de um dono, é só este o sujeito á servidão, e si o dono do predio superior as encaminha para o predio de outro, offende dous direitos :

Primeiro, o direito do dono do predio para o qual ellas corrião primitivamente. Essas aguas pertencião ao seu predio, dellas precisava, e sem offensa de seus direitos não era licito encaminha-las para outro predio.

Em segundo logar, encaminhando as aguas para outro predio, offende os direitos do dono deste, que não é obrigado a recebe-las, porque a desviação é feita por obra do homem, e não da natureza.

Si as aguas naturalmente correm em uma parte do predio inferior, não é licito ao dono do predio superior desvia-las para outro logar ; essa desviação póde lhe ser prejudicial, irá inundar,

Digitized by Google

por exemplo, terrenos de plantas, ou deteriorar construcções, ou formar pantanos em terrenos de cultura.

A terceira consequencia funda-se em que os terrenos inferiores só são obrigados a receber as aguas nativas e pluviaes, que correm naturalmente sem o trabalho do homem. Si o proprietario do predio superior abrio fonte no mesmo, o predio inferior não será obrigado a receber as aguas emanadas dessa fonte.

Note-se que o artigo falla de *fonte aberta por obra do homem* Si o dono do predio superior fazendo qualquer obra no seu predio, por exemplo, excavando para uma mineração, naturalmente apparece a agua, o dono do predio inferior não póde obstar que ella ahi corra. Logo que a agua não foi procurada de proposito, não se póde obstar que corra para o predio inferior. Surgio, é certo, com o facto do homem, mas não foi procurada.

A quarta consequencia naturalmente se explica. Si as aguas desviadas do predio de Primus fôrão levadas para o predio de Secundus, ou naturalmente, como por algum desmoronamento do terreno, ou por obra do homem, e ali continuárão a correr de um modo definitivo, é que tanto Primus como Secundus consentirão na desviação, e esse estado de cousas tornou-se permanente. Para o dono do predio superior de novo encaminhar as aguas para o predio de Primus será preciso o consentimento deste.

E', porém, essencial que a desviação das aguas se tenha feito de um modo definitivo, isto é, que se tenha mudado o estado de cousas permanentemente, e não provisoriamente, emquanto se não restabelecem as cousas em seu estado primitivo.

Art. 1161. — O dono do predio, onde existão obras defensivas, quem quer que as tenha feito, para conter as aguas ou dar-lhes um curso artificial, quando taes obrás se destruão ou se deteriorem, é obrigado a reconstrui-las e a fazer os reparos precisos, ou a consentir que fação as reconstrucções e reparos os donos dos predios, que por falta de taes obras, se sintão prejudicados ou se achem expostos a damno imminente.

Ha no predio superior obras que dão ás aguas um curso

Digitized by Google

artificial para, em vez de cahirem no predio inferior, se desviarem para outro logar. Estas obras se arruinando, o dono do predio, ondem existem, é obrigado a reconstrui-las, e si o não quizer fazer, deve consentir que os donos dos predios prejudicados fação a reconstrucção. *Utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur* (L. 2 § 5 Dig. de aqua, et aquæ pluviæ arc.).

E' necessario, porém, que taes obras sejão artificiaes, não importa feitas por quem, si pelo dono do predio superior ou pelo dono do inferior; sempre procede a mesma regra. *Si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere ut eum reponat, vel reponi sinat.* (L. citada).

Art. 1162. — Procede a disposição do artigo antecedente no caso, em que seja necessario construir novas represas ou fazer obras para impedir a variação natural do curso das aguas, não sendo isso prejudicial ao dono do predio superior.

Ao dono do predio inferior convem fazer obras no superior de outro dono, para que a variação natural das aguas não prejudique seu predio; essas obras não são prejudiciaes ao dono do predio superior; não ha razão para este impedi-las.

E' principio de equidade e de justiça: o que te não é prejudicial, deves consentir que outros fação.

Art. 1163.— O que fica disposto no artigo antecedente é applicavel ao caso, em que se torne necessario despejar algum predio de materiaes, cuja accumulação ou queda estorve o curso natural das aguas, em prejuizo do outro predio.

Regula o mesmo principio de equidade. No predio vizinho accumulações de materiaes impedem o curso natural das aguas, e estas derivando-se, são prejudiciaes a outro predio. O dono deste tem direito de retirar os materiaes.

Digitized by Google

Art. 1164.— Todos os proprietarios, que participarem dos beneficios provenientes das obras mencionadas nos artigos antecedentes, contribuirão para as despezas dellas, em proporção do interesse de cada um.

O proprietario não é obrigado a fazer obras no seu predio em beneficio dos donos dos predios vizinhos; a lei dá a estes o direito de fazer taes obras, quando não prejudicão o dono do predio, onde têm de ser feitas. E' de razão que estes contribuão para as despezas das obras em proporção do interesse de cada um.

Art. 1165.— O dono de quaesquer aguas, que nasção ou corrão no seu predio, poderá dispôr livremente de seu uso, e desvia-las, como quizer, ainda que, pela desviação, prive ao dono do predio inferior do commodo, que dellas lhe resultava, salvo o direito, que o dono do predio inferior tenha adquirido ao uso das mesmas aguas, por justo titulo ou por prescripção.

Logo que a agua pertence ao proprietario do sólo, onde ella nasce, ou por onde corre, póde elle dispôr da mesma como bem entender; é um dos attributos da propriedade usar e abusar. Como dizião os romanos, a fonte faz parte do solo; o proprietario tem direito até de supprimi-la, si fôr possivel. Si as aguas correm para o predio inferior, só por esse facto o proprietario deste não adquire direito sobre as mesmas; o dono póde desvia-las como entender.

Este direito do proprietario das aguas, dizem os autores, este seu livre arbitrio não póde ser cohibido pelos donos dos predios inferiores, ainda que por mil annos as aguas, por seu fluxo natural, corressem para os predios inferiores, e lhes fôssem de utilidade.

Salvo, diz o final do art. 1165, o direito, que o dono do predio inferior tenha adquirido ao uso das mesmas aguas por justo titulo ou por prescripção.

O justo titulo é, por exemplo, si o proprietario do predio inferior comprou esse direito; si adquirio direito ao remanescente das aguas, ou a que ellas não corrão sinão em certo logar. E'

Digitized by Google

evidente que, adquirido tal direito, o dono do predio superior não póde desviar as aguas para outro logar, sem o consentimento do dono do predio inferior.

Equivale tambem o titulo á destinação do proprietario. Supponhamos dous predios pertencentes ao mesmo dono. Este encaminha, por meio de obras apparentes, as aguas do superior para o inferior. Passão os dous predios a pertencer a differentes donos; o dono do predio superior não póde mais desviar o curso das aguas (art. 1249).

E, na verdade, adquirindo o dono do predio inferior direito sobre as aguas, não é permittido ao dono do predio superior desvia-las de seu curso, e seu predio torna-se nesse sentido serviente. Assim tem applicação o art. 1249 quanto á destinação do proprietario.

> Art. 1166.— O prazo da prescripção, de que trata o artigo antecedente, contar-se-ha do dia em que o proprietario do predio inferior fez e terminou no predio superior, ou no seu, obras apparentes e permanentes destinadas a facilitar o declive e curso das aguas para o seu uso.

Já vimos que o simples escoamento das aguas do predio superior para o inferior não confere ao dono deste o direito de obstar que o dono do predio superior as desvie quando e como queira. Ha só a excepção quando o dono do predio inferior adquira o direito ao uso das aguas por titulo ou prescripção.

E' uma prescripção especial a de que trata o art. 1166, que não se regula em tudo pelas regras geraes das mais prescripções. Ainda que as aguas corrão por tempo immemorial para o predio inferior, deve-se suppôr ser por tolerancia do dono dellas. Não se diz posse o facto do dono do predio inferior aproveitar-se das aguas que naturalmente entrão nelle. Deve-se suppôr tolerancia do dono das aguas, porque durante tempo immemorial não precisava desvia-las de seu curso natural. E' necessario que se verifique um facto mais positivo para começar a posse, e não basta o simples uso das aguas, que é

Digitized by Google

um acto natural. Os actos facultativos e de mera tolerancia não constituem posse, diz o art. 1302.

Logo, porém, que o dono do predio inferior fez e terminou no seu predio, ou no superior, obras apparentes e permanentes, destinadas a facilitar o declive e curso das aguas para o seu uso, entende-se ter começado a sua posse. E' preciso que por signaes exteriores manifeste de um modo positivo, que tem a intenção de apropriar-se das aguas, e crear em seu favor um direito de servidão sobre o predio superior.

O cod. francez exige para a prescripção a posse de 30 annos. O art. 444 do cod. portuguez declara imprescriptivel o direito do dono das aguas no caso de que se trata.

As obras devem ser destinadas a facilitar o curso e declive das aguas. Si são feitas para previnir a estagnação, ou evitar infiltrações nocivas, não constituem actos de posse. Devem ainda ser apparentes; porque para a prescripção a posse deve ser publica (art. 1334).

O artigo 1166 decide a questão; si as obras devem ser feitas no predio superior, ou si basta que sejão feitas no inferior. Para ter logar a prescripção, podem ser feitas em qualquer delles, o essencial é que sejão apparentes e permanentes.

Os que sustentão que as obras devem ser feitas no predio superior, e não bastão as feitas no predio inferior, dizem que o proprietario deste não deve prescrever com o simples uso, mas é necessario que por meio de obras apparentes manifeste a sua vontade de adquirir. Cumpre, portanto, que o dono das aguas conheça essa intenção, e como conhecê-la si as obras são feitas no predio inferior? E quando a conhecesse, como impedir que o proprietario do predio inferior faça no seu terreno as obras que quizer?

Responde-se que as obras que faz o proprietario do predio inferior constituem uma declaração formal de sua intenção de prescrever, e a lei exige que sejão apparentes, isto é, conhecidas do dono das aguas, e este a si deve imputar a realização

Digitized by Google

da prescripção por não haver manifestado sua vontade em contrario. Durante o largo prazo da prescripção podia interrompê-la, quer desviando as aguas e dando-lhes um novo curso, quer por meio de protesto judicial (art. 1371), ou exigindo do proprietario inferior uma declaração, que a todo tempo obsta a prescripção.

O dono das aguas sabia, por exemplo, que o proprietario do predio inferior servia-se dellas para mover um estabelecimento importante, uma fabrica, um engenho, e fôra injustiça não admittir-se a prescripção só porque taes obras são feitas no predio inferior.

> Art. 1167.—Si a corrente tiver sua origem fóra do predio superior, servirão tambem para a prescripção de quaesquer obras, apparentes e permanentes, que o dono do predio inferior tenha feito para o curso das aguas, antes de sua entrada no predio superior.

Pouco importa que as obras sejão feitas no predio inferior, no superior, ou antes de neste entrarem as aguas. Por qualquer modo manifesta o proprietario inferior a vontade de adquiri-las, e são actos e posse publica.

> Art. 1168.—O proprietario de uma nascente não póde mudar o seu curso costumado, si della se abastecem os habitantes de qualquer logar.

A hypothese aqui é de uma agua corrente particular, de que se utilisão os habitantes de certo logar. *Se abastecem*, diz o artigo, o que significa o uso da agua para as necessidades domesticas e para os animaes, mas não para mover machinas.

Ha aqui uma especie de expropriação por utilidade publica.

Os romanos não conhecião esta expropriação; a sua regra era absoluta, *suæ quidem quisque moderator et arbiter.*

Que numero de moradores no logar é necessario para ter applicação o art. 1168? O artigo não o diz, e nem era possivel: é daquellas cousas que o legislador costuma deixar ao prudente arbitrio do juiz.

Digitized by Google

Art. 1169.—No caso do artigo antecedente, precisando o proprietario mudar o curso das aguas, será indemnizado, não se tendo verificado a prescripção nos termos dos arts. 1155 e 1167.

Si o dono da agua precisa desvia-la do logar onde se abastecem os moradores, e não o póde fazer pela necessidade que estes têm da mesma, é justo que seja indemnizado pela privação que soffre do uso de sua cousa.

Mas si os habitantes do logar fizerão obras apparentes para a direcção da agua ao seu uso ; si, por exemplo, fizerão um chafariz ou encanamento, e estão no gozo da agua no prazo da prescripção, não são obrigados a pagar indemnização alguma.

Art. 1170.— O dono de um predio atravessado por qualquer agua corrente, não navegavel nem fluctuavel, tem o direito de usar della, em proveito do mesmo predio, e alterar-lhe ou mudar-lhe o leito ou alveo, comtanto que do refluxo das aguas não resulte prejuizo ao predio de outro dono, e que não se altere o ponto de sahida das aguas remanescentes, si fôr isso prejudicial aos predios inferiores.

São bens do uso publico, mas pertencentes ao Estado, os rios navegaveis ou fluctuaveis (art. 200). Estes bens são inalienaveis, e não podem ser adquiridos por prescripção (art. 204).

Não é destes rios que trata o art. 1170 ; mas dos ribeiros ou pequenos cursos d'agua não navegaveis nem fluctuaveis. Taes ribeiros, quando atravessão um terreno particular, tornão-se tambem particulares, e, emquanto o atravessão, pertencem ao dono do terreno. Si passão por dous predios limitrophes, e servem de limites aos seus respectivos terrenos, pertencem com igualdade aos donos dos predios.

Tratando-se, porém, de rios navegaveis ou fluctuaveis, estes pertencem ao Estado, como bem do uso publico, ou atravessem terreno publico ou particular.

O proprietario de um terreno tornando-se tambem proprietario da corrente não navegavel e nem fluctuavel, que atravessa o seu terreno, póde usar de toda ella em beneficio de seu predio para qualquer mister ; póde por conseguinte consumi-la toda si

Digitized by Google

fôr necessario. A regra é que os ribeirinhos, chamados a usar de uma corrente d'agua em primeiro logar, têm a preferencia, e os donos dos predios inferiores só têm direito aos remanescentes. Si a agua é toda consumida no uso que fazem os primeiros, não têm os inferiores direito de queixa; é da natural ordem das cousas a posição subordinada de seus predios.

Ainda é licito ao proprietario do terreno desviar as aguas de seu curso natural, no que tambem não prejudica os donos dos predios inferiores, porque é obrigado a não alterar o ponto de sahida das aguas remanescentes. Ainda lhe é permittido alterar esse ponto de sahida, si a alteração não fôr prejudicial aos predios inferiores, como diz o final do artigo. Que importa que as aguas remanescentes saião mais acima ou mais abaixo, si com isso não causão prejuizo aos donos dos predios inferiores? Mas si o proprietario inferior recebia os remanescentes em certo logar, onde podia fazer mover o seu moinho, e alterando-se a sahida das aguas não podem ellas servir para o moinho, tem elle direito de exigir que sejão levadas ao ponto primitivo de sua sahida.

Art. 1171.— Quando as correntes passarem entre dous ou mais predios, o uso das aguas será regulado pelo modo seguinte:

§ 1.º Si a agua é sobeja, cada um dos donos dos predios adjacentes á corrente, de um e outro lado, poderá usar da porção della, que lhe convier;

§ 2.º Si a agua não é sobeja, cada um dos donos dos predios adjacentes só tem direito á metade da agua da corrente, que banha seu predio, e nesta extensão poderá derivar a agua que lhe pertence para dentro do seu predio, e usar della como lhe convier, nos termos do artigo antecedente.

Quando a corrente passa entre dous predios pertencentes a varios donos, emquanto ella serve de limite aos dous predios, é propriedade commum dos proprietarios, e portanto podem usar della como si houvesse um unico proprietario, nos termos do artigo antecedente; podem consumi-la toda, e deriva-la como quizerem, comtanto que não alterem seu ponto de sahida. Os direitos, porém, entre elles são differentes, e é o que regula o art. 1171.

Digitized by Google

O principio dominante do art. 1171 é o da propriedade da corrente; é principio simples, e o que melhor regula os direitos dos donos dos predios adjacentes. Varias legislações mandão que se regule o uso das aguas conforme a extensão e precisão dos predios adjacentes; é estabelecer uma fonte de litigios. Não ha injustiça em conceder-se a um pequeno terreno quantidade d'agua igual á de um grande terreno, quando são adjacentes a uma corrente em igual extensão. Si um é mais favorecido, provém de sua posição natural. Ha vastos terrenos por sua posição privados d'agua, e outros de pequena extensão com aguas superabundantes; ninguem se lembrará de responsabilisar o legislador por semelhante desigualdade.

A primeira regra do art. 1171 é no caso de ser a agua sobeja. Poderão então os donos dos predios adjacentes á corrente de um e outro lado usar da porção della que lhes convier. Um dos ribeirinhos, por exemplo, poderá desviar tres quartas partes da agua, si a quarta parte que ficar é bastante para as necessidades do outro ribeirinho; logo que a quarta parte lhe é bastante não ha razão de queixa.

Si, porém, a agua não é sobeja, e é a segunda regra, cada um dos ribeirinhos só tem direito á sua metade, por serem comproprietarios em partes iguaes. A parte, que pertence a cada um dos ribeirinhos, póde por elle ser desviada para dentro do seu predio e empregada nos seus usos, como lhe convier, guardando, porém, o disposto no artigo antecedente, isto é, que restituirá seus remanescentes sem alterar o ponto de partida primitivo.

Art. 1172.— Os direitos, de que tratão os dous artigos antecedentes, estão sujeitos á prescripção, segundo as regras geraes desta.

Si o dono do predio atravessado por uma corrente a desvia do seu ponto de sahida, si entre donos de predios adjacentes á corrente, um desvia para seu predio mais agua do que as que devidamente lhe cabem, e si corre tempo necessario para a prescripção, não podem mais reclamar os prejudicados, e regulão

Digitized by Google

os principios geraes da prescripção. Si o que praticou o acto mostra titulo *a non domino*, a prescripção é de 10 ou 20 annos; sinão tiver titulo a prescripção é de 30 annos.

Art. 1173.—Si, pela posição do terreno, não fôr possivel ao dono de um predio marginal utilizar-se da parte que lhe cabe na corrente que o banha, póde o dono do predio marginal do outro lado tirar toda a agua de que precisar, além da parte, que lhe pertence.

Os donos dos predios adjacentes a uma corrente têm direito, como já vimos, á metade da agua, não sendo sobeja. Póde dar-se o caso de ser uma das margens da corrente limitada por uma serra abrupta, de fórma que o dono desse lado não possa utilisar-se da agua que lhe pertence. Em tal caso, o art. 1173 permitte que o dono do predio marginal do lado opposto tire toda a agua, ou mais do que lhe pertence, o que é de razão. Não deve ficar inaproveitada a agua corrente, quando utilmente póde ser aproveitada pelo proprietario que della precisa.

Art. 1174.— O consorte de agua commum, póde utilizar-se de porção maior do que a que lhe pertence, sem prejuizo do outro consorte, e emquanto este não precisar da parte que lhe pertence.

A corrente que passa entre dous predios confinantes pertence em igual parte aos dous proprietarios. Um delles não precisa della, ou só precisa da quarta parte: o outro nesse caso poderá utilisar-se de toda ella, ou de tres quartas partes; mas é emquanto aquelle não precisar da parte que legitimamente lhe pertence.

Art. 1175.—O proprietario do predio marginal de qualquer corrente, sendo indemnizado, é obrigado a dar transito a seus vizinhos, que, por outra fórma, sem grande incommodo ou difficuldade, não podem obter, senão na dita corrente, a agua necessaria para seus usos domesticos.

A agua não deve ser apropriada senão até quanto baste para as necessidades do dono. Como o ar, que é inexgotavel, ninguem póde ser privado do seu uso. Si é necessaria para os

Digitized by Google

usos domesticos, ainda que seja preciso transpôr predios particulares, devem estes dar passagem para tira-la ou dos rios publicos ou de qualquer corrente do dominio particular, si por outra fórma se não póde obter o transito, ou si só com grave incommodo ou difficuldade.

A indemnização é regulada, não pelo beneficio, que recebem os que das aguas se utilisão, mas pelo sacrificio do proprietario, que concede a passagem.

Art. 1176.— Cessa a servidão, de que trata o artigo antecedente, logo que cessa o motivo de sua constituição, qualquer que tenha sido o tempo de sua duração.

Si não ha mais necessidade de passagem, ou porque os vizinhos tenhão obtido outro meio de supprirem-se de agua, ou por qualquer outra razão, deve cessar a servidão, ainda que esta tenha durado por tempo immemorial.

Art. 1177.— Podem ser occupadas as aguas, que nascem nas terras publicas, salvos, porém, os direitos do uso publico, emquanto ellas não entrão no predio do occupante.

Paragrapho unico.— Esses direitos do uso publico nunca prescrevem, e passando o terreno publico ao dominio particular, as aguas ficão pertencendo ao adquirente, sem prejuizo do direito do occupante.

Qualquer pessoa póde encaminhar para seu predio as aguas, que nascem nas terras publicas, mas não póde prohibir que o publico dellas se utilise emquanto não entrão no seu predio.

As terras publicas são bens patrimoniaes do Estado, e por conseguinte podem ser alienadas. Como as aguas, que passão por um predio, pertencem ao dono deste, si o terreno publico passa ao dominio particular, quem os adquirio tem direito ás suas aguas, sem prejuizo, porém, do primeiro occupante, que talvez já as tenha applicado a trabalhos industriaes, que não devem cessar.

Art. 1178.—Os consortes de quaesquer aguas communs não podem alterar ou corromper as que não consomem, de fórma que as tornem insalubres, inuteis ou prejudiciaes aos outros consortes.

Digitized by Google

E' applicação da disposição geral do art. 1011. O consorte é obrigado a empregar a cousa commum no uso, a que é destinada, sem prejuizo dos outros consortes. Si as aguas são communs, cada um dos consortes póde usar dellas conforme seu destino, mas sem prejuizo dos outros; e, portanto, não lhe é permittido usar das aguas, de fórma que as torne insalubres, inuteis ou prejudiciaes.

Art. 1179. — Os donos dos predios, atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes, são obrigados a abster-se de factos que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover, ou consentir que sejão removidos os obstaculos a esse livre curso, quando tiverem origem nos seus predios, de fórma que desses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estaganação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, nestes dous ultimos casos, por causa de sua licita applicação.

Assim dispõe o art. 442 do codigo portuguez. Comquanto as aguas que correm nos predios superiores pertenção aos donos destes, não deve seu uso ser feito de maneira que prejudique os predios confinantes.

Os donos dos predios inferiores têm direito ao remanascente das aguas, depois de servirem nos usos ordinarios dos predios superiores, e, portanto, não podem ser privados desse direito.

Art. 1180. — Todo o proprietario ou interessado em um predio contiguo a predio de outro dono, havendo duvida sobre os limites, tem o direito de exigir a demarcação dos mesmos na parte confinante.

E' a acção conhecida em nosso direito com o nome de *finium regundorum*. Só tem logar quando ha duvidas sobre os limites dos predios confinantes, e não quando se disputa sobre a propriedade. Tem direito de requerer a demarcação, não só o proprietario, como qualquer interessado, por exemplo, o usufructuario e o emphyteuta.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO 1ª

SERVIDÃO DE PASSAGEM DE AGUA

Art. 1181.—E' permittido a qualquer pessoa conduzir subterraneamente ou a descoberto, pelo predio alheio, as aguas a que tenha direito, si dellas precisar e até quanto precisar para os usos domesticos, para os usos de seu predio, para a agricultura ou industria.

Paragrapho unico. — São isentos desta servidão os edificios e as quintas muradas, e os quintaes, jardins, hortas e pateos adjacentes.

E' o que se chama servidão de aqueducto. Ainda, antes do alvará de 27 de Novembro de 1804, que creou esta servidão em beneficio da agricultura, já os nossos autores della tratavão como recebida por uso antiquissimo. O codigo francez não trata della, mas alguns codigos posteriores a consagrárão. Foi instituida na França pela lei de 29 de Abril de 1845, e na Belgica pela lei de 27 de Abril de 1848, a qual não é mais que a reproducção litteral da lei franceza. Como o nosso alvará de 1804, estas leis só facultão a servidão de passagem d'agua em beneficio da agricultura. O codigo portuguez, no art. 456, a instituio em favor da agricultura e da industria. O codigo italiano a faz extensiva á agricultura, á industria e aos usos domesticos: *per la necessità della vita, o per usi agrari, o industriali.*

Os interesses da industria são tão importantes como os da agricultura.

A industria é um dos principaes elementos de vida nas sociedades modernas.

O art. 1181 do projecto ainda é mais comprehensivo: permitte a servidão para os usos domesticos, para a agricultura, a industria, e quaesquer usos do predio. Não vêmos nisso inconveniente, porque no paragrapho unico se excluem da servidão os edificios e quintas muradas, os quintaes, hortas e pateos adjacentes, de fórma que a servidão só é permittida em predios rusticos, sobre os quaes tal encargo é pouco oneroso.

A servidão de aqueducto é sem duvida uma expropriação

Digitized by Google

parcial e um desmembramento da propriedade. E' certo que não foi instituida immediatamente por interesse publico, mas por interesse particular; a sociedade, porém, é interessada, em que, dadas certas circumstancias, um proprietario ceda parte de seus direitos em favor de outro, mediante indemnização.

A expropriação só terá logar quando o predio dominante precisar das aguas, e emquanto dellas precisar; cessada a necessidade, que justifica a servidão, deve esta cessar. E' ainda essencial que aquelle que pede a servidão tenha direito ás aguas, e não póde, portanto, ser estabelecida para a conducção de aguas alheias.

Art. 1182. — A conducção das aguas se fará por logar e modo menos prejudicial ao predio serviente, e em todo o caso o dono deste terá direito á indemnização.

Logo que a servidão é um encargo, que tem em resultado o desmembramento da propriedade, sua instituição deve ser o menos onerosa possivel ao predio serviente. Ha uma desapropriação em beneficio do predio dominante, e necessariamente deve ser indemnizado o dono do predio serviente.

Art. 1183. —Cessada a necessidade do uso das aguas, ou de sua quantidade, o dono do predio serviente poderá exigir a suppressão das obras para a sua conducção, á custa do dono do predio dominante, ou a reducção das aguas á quantidade necessaria.

Sendo a necessidade do uso das aguas o que justificou a creação da servidão, deve esta cessar logo que se torna desnecessaria. A suppressão das obras para a servidão é á custa do dono do predio dominante, por ter sido instituida em seu beneficio.

Si tambem pela diminuição do trabalho, ou por qualquer outra causa, o dono do predio dominante não precisar mais de toda a quantidade da agua, que tirar, deve esta ser reduzida á quantidade necessaria, podendo o excesso ser prejudicial ao predio serviente. E' applicação do art. 1146, o qual declara que a ser-

Digitized by Google

vidão deve ser de utilidade ao predio dominante, e sua extensão se determina pela necessidade desta. Ora si o predio dominante já não precisa da agua, ou só precisa de menos, cessará a servidão, ou será reduzida a agua.

Art. 1184.—No caso em que as aguas fôrem reduzidas em virtude da disposição do artigo antecedente, si de novo fôr necessario augmenta-las, poderá fazê-lo o dono do predio dominante, sem mais indemnização até á sua quantidade primitiva.

A razão é porque quando se construio o aqueducto o dono do predio serviente recebeu uma indemnização por toda a agua, de que precisava o dono do predio dominante. Não póde ser exigida nova indemnização por se haverem restabelecido as cousas em seu antigo estado, e não se tendo augmentado o onus da servidão.

Art. 1185.—O dono do predio serviente tem direito a ser indemnizado dos prejuizos, que de futuro vierem a resultar da infiltração, não prevista, das aguas, ou das deteriorações das obras feitas para a sua conducção.

A indemnização que recebeu o dono do predio serviente foi pela desapropriação de seu terreno ou do gozo delle, conforme o aqueducto foi para uso perpetuo ou temporario, houve só indemnização pelos prejuizos do presente.

Póde, porém, succeder que com a infiltração das aguas fique em todo ou em parte inutilisado o predio serviente; são damnos imprevistos, pelos quaes é responsavel o dono do predio dominante, em cujo beneficio se creou a servidão.

Da mesma fórma, si deteriorando-se as obras, as aguas produzirão uma inundação, é responsavel pelos prejuizos o dono do predio dominante.

Art. 1186.—O dono do predio serviente póde, em todo o tempo mura-lo ou cerca-lo, comtanto que não embarace a passagem das aguas; póde igualmente exigir a mudança ou alteração das obras da conducção das aguas, si lhe fôr isso conveniente e não prejudicar o dono do predio dominante, comtanto que a mudança ou alteração seja feita á sua custa.

Digitized by Google

E' fundado na regra: *quod tibi non nocet et alteri prodest ad id obligatus es.*

Estas disposições são do Alvará de 1804. O dono do predio serviente não o perde em beneficio do dominante; prestada a servidão, conserva todos os seus direitos de propriedade sobre o predio, e em consequencia póde cerca-lo e mura-lo, como entender, com tanto que dê passagem ás aguas. Si da mesma fórma o exercicio da servidão, depois de uma vez constituida, lhe é incommodo no logar em que existem as obras, lhe é permittido muda-la, mas á sua custa; porque antes della estabelecida devia designar o logar, em que mais lhe convinha o seu exercicio.

Art. 1187.—O dono do predio dominante póde tambem exigir mudança ou alteração das obras feitas para a conducção das aguas, sendo-lhe isso conveniente, comtanto que o faça á sua custa e indemnize o dono do predio serviente, si lhe causar damno com a mudança ou alteração.

E' ainda pela regra *quod tibi non nocet.* Mas como a mudança é feita em beneficio do predio dominante, as despezas devem correr por conta do seu dono, o qual igualmente deve indemnizar o proprietario do predio serviente, si a servidão assim alterada torna-se mais onerosa ou lhe é prejudicial.

Art. 1188.—O dono do predio serviente só é obrigado a dar passagem para a inspecção das obras da conducção das aguas, ou para se fazerem os concertos necessarios.

O dono do predio serviente só é obrigado a aquillo, que se torna absolutamente indispensavel para o exercicio da servidão. A passagem para concertos do aqueducto e inspecção das obras é indispensavel, e, portanto, não póde ser negada.

Para qualquer outro fim não está o dono do predio serviente obrigado a dar passagem pelo mesmo.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO II

ESCOADOURO DAS AGUAS

Art. 1189.—E' permittido ao dono do predio superior abrir pelo predio ou predios inferiores escoadouros, para dar sahida ás aguas estagnadas do seu predio ou para enxugo do mesmo, contanto que as leve a alguma corrente ou outra via de escoamento.

A servidão de escoadouro tem o mesmo fundamento que a de aqueducto; a necessidade do predio, que tem de dar sahida ás suas aguas estagnadas, ou para o seu enxugo. O Alvará de 1804 tambem permitte requere-la em beneficio da agricultura.

Como o art. 1189 não faz exclusão, e o art. 1190 manda que se appliquem á servidão de escoadouro as disposições sobre a de aqueducto, é evidente que, qualquer que seja o fim do escoadouro, é licito requere-lo, ou o predio esteja estagnado com aguas provenientes de trabalhos de agricultura, de industria, ou de qualquer outro.

A lei françeza tambem permitte esta servidão com o fim de favorecer a *drainage*, mas sómente em beneficio da agricultura. Si convem, disse o relator, facilitar a circulação das aguas, para a irrigação, não é de menos interesse para a agricultura dar escoadouro ás aguas, que se estagnão produzindo excesso de humidade.

O art. 1189 exige que as aguas sejão levadas a alguma corrente ou outra via de escoamento; porque si fôrem deixadas no solo serviente, poderão produzir os mesmos inconvenientes de uma nova estagnação.

Art. 1190.—As disposições da sub-secção antecedente são applicaveis a esta servidão.

Por conseguinte o dono do sólo serviente tem direito a uma indemnização nos termos do art. 1182, e a servidão será exercida do modo menos oneroso ao predio. Serão applicaveis as mais disposições dos arts. 1181 a 1188.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO 3ª

DOS MUROS E PAREDES-MEIAS

Art. 1191.—As paredes divisorias entre dous edificios em toda a sua altura, ou até á altura do inferior, si não são iguaes; os muros entre pateos, jardins e quintaes, em geral, tudo o que serve para dividir ou tapar predios confinantes, presumem-se communs, excepto si houver prova em contrario, ou signaes de pertencerem a um só dos confinantes, em todo ou em parte.

A disposição do artigo reproduz o direito vigente.

Creou a lei a presumpção da communhão dos muros e paredes divisorias entre vizinhos, afim de evitar litigios. E' uma presumpção legal como qualquer outra, que cede á prova em contrario.

Uma parede divide dous predios; muitas vezes se ignora quem os construio, quaes seus primitivos proprietarios, e qual o que foi construido primeiro, ou si ao mesmo tempo. Não ha um titulo; a construcção remonta a tempos immemoriaes; como decidir-se a quem pertence a parede divisoria? E' a razão por que a lei em tal caso presume que a parede é commum. Os dous vizinhos tinhão interesse em separar suas casas; é de presumir que fizerão a parede em commum. Si é um muro, que divide os terrenos dos dous predios, tambem deve-se presumir que foi feito á custa dos dous vizinhos; porque todos tinhão interesse em cercar seus predios.

A mesma presumpção existe a respeito de todo e qualquer cercado.

Salvo, diz o art. 1191, si houver prova em contrario, ou signaes de pertencerem a um só dos confinantes. A prova em contrario é, por exemplo, si ha um escripto, um protesto authentico, uma sentença, uma prova ainda testemunhal de pessoas, que declarem, que o muro ou parede foi feita só á custa de um dos confinantes.

Si ha tambem signaes de que o muro pertence a um só dos

Digitized by Google

confinantes, e taes são os especificados nos arts. 1208 e 1210, de que depois trataremos, cessa a presumpção.

Tratando-se de paredes divisorias, a presumpção da communhão é até toda a altura dos dous edificios, si estes são de igual altura; porque então tendo os donos igual interesse em dividir seus edificios, presume-se que em commum fizerão a parede. Mas si um dos edificios é mais alto, a parede divisoria presume-se ser do dono deste desde a altura, que sobresahe ao outro edificio, como dirá o artigo seguinte; porque o dono do predio mais baixo não tinha interesse em concorrer para a construcção de uma parede, que só aproveitava ao vizinho.

O art. 1191 trata de paredes entre dous edificios. Fica assim resolvida a questão si ha presumpção de communhão, quando a parede separa a casa de um proprietario do pateo ou terreno de outro proprietario. Não ha presumpção legal sem lei, que a estabeleça. Ora o art. 1191 falla da parede entre *dous edificios*, portanto não se applica sinão ao caso, em que ha dous edificios, e não quando ha um edificio e um pateo, ou terreno confinante.

> Art. 1192.—Si um dos edificios é mais alto, a parede divisoria presume-se ser do dono deste desde a altura, que sobresahe ao outro edificio.

E' igualmente a reproducção do direito vigente, fundado na Ord. L. 1 tit. 68 § 36, e ficou commentado no artigo antecedente.

> Art. 1193.—A reparação ou reconstrucção de uma parede ou muro commum será feita á custa dos consortes, e em proporção dos direitos de cada um.

E' do interesse de ambos os comproprietarios a reparação ou reconstrucção de uma parede ou muro commum, que serve de separação do seus predios, e por conseguinte devem ser feitas á custa delles. Si de um muro, que cahio, só a metade divide o predio de um vizinho, este só é obrigado pelas despezas da metade da reconstrucção.

Digitized by Google

Art. 1194.—Mas qualquer dos consortes póde eximir-se da obrigação de contribuir para as despezas da reparação ou da reconstrucção da parede ou muro commum, renunciando o seu direito de communeiro, salvo si a parede ou muro sustenta o edificio ou obras que lhe pertenção.

E' applicação da regra geral do art. 1016. E' licito renunciar a parte que se tem na communhão, *licere domino rem derelinquere*. O abandono tem consequencias. Si a parede é commum, cada um dos consortes póde nella travejar, e fazer todos os mais usos, que quizer, o que não é permittido a quem nella não tiver parte (art. 1197).

Si, porém o muro ou parede sustenta obra de um dos consortes, não é licito a estes renunciar a communhão para não pagar a sua parte nas despezas. Ninguem se deve locupletar á custa de outrem. Logo que tira proveito do muro ou parede para sustentar suas obras, deve ser obrigado a concorrer para as despezas.

Art. 1195.—Si a parede ou muro fôr arruinada ou damnificada por falta de um dos consortes, ou por acontecimento de que só elle tenha tirado proveito, só á sua custa será feita toda a reparação e reconstrucção.

Uma parede cahio porque um dos consortes apoiou sobre ella objectos de peso consideravel ; só elle é obrigado pelas despezas da reconstrucção, porque por sua falta teve logar a ruina. Neste caso não é mais a titulo de comproprietario que é obrigado a reconstruir a parede, mas como responsavel por sua falta, e ainda que queira abandonar o seu direito de communeiro, não lhe será permittido.

Art. 1196.—Si uma casa commum vier a ser partida, cada um dos consortes dará logar para a parede do repartimento, que será feito por conta de todos, á proporção de suas respectivas partes.

E' o direito vigente. Diz a Ord. L. 4 tit. 68 § 37 : « E si dous tiverem uma casa commum, e um delles quizer partir e outro não, partir-se-ha, posto que um delles não queira. E ambos

Digitized by Google

darão logar na casa para se fazer a parede de repartimento e o alicerce della.»

Generalisando a disposição desta ordenação, nenhum dos consortes póde impedir que se divida a cousa commum, ou se trate de uma casa, ou de um terreno, ou ainda de cousas moveis.

> Art. 1197.— Desde que a parede ou muro é commum, póde cada um dos consortes servir-se delles para travejar, madeirar, ou para outros quaesquer usos, comtanto que os não damnifique ou enfraqueça, e não impossibilite o outro consorte de fazer os mesmos usos.

E' applicação da regra geral estabelecida no art. 1011. A compropriedade de uma cousa confere a cada um dos consortes o direito de servir-se della, conforme a sua natureza e fim a que é destinada. O consorte em uma parede póde construir em toda a sua espessura, e não até ao meio sómente, porque então propriamente não haveria communhão. As obras, porém, devem ser feitas de maneira, que não enfraqueção a parede ou prejudiquem o outro consorte.

> Art. 1198.— Qualquer dos consortes póde altear a parede ou muro commum, mas o fará á sua custa, e o alçamento lhe ficará pertencendo.

Eis uma differença entre a communhão em geral e a communhão de muros e paredes. Nenhum dos consortes póde fazer innovação na cousa commum (art. 1017) sem o consentimento de todos, entretanto que o comproprietario de um muro ou parede póde fazer innovação. Qualquer delles póde altear o muro ou parede commum, o que de certo é uma innovação, sem o consentimento dos outros.

> Art. 1199.— Quando a parede ou muro commum não estiver em estado de aguentar o alçamento ou novas obras, que um dos consortes queira fazer, deve este reconstruir a parede ou muro por inteiro á sua custa, ou fazê-lo mais seguro: e si augmentar-lhe a espessura, o espaço para ella necessario será tomado de seu lado.

Si a parede é fraca, como são em geral as que só servem de

Digitized by Google

vedação, não tendo a necessaria solidez para aguentar o alçamento ou novas obras, o interessado é quem deve fortifica-la, ou fazê-la de novo, embora com esse reforço ou melhoramento tambem lucre o outro proprietario. E' applicação da regra geral do art. 1014, porque considera-se como bemfeitoria o augmento de uma parede em espessura ou o seu reforço em solidez. Como tambem o que levantar o muro ou parede é o interessado, deve elle dar o sólo para a sua espessura.

No caso de ter-se augmentado a espessura do muro ou parede, sendo o sólo tomado do lado do consorte, que fez a obra, este augmento de espessura lhe pertence, e si o outro consorte quizer travejar ou madeirar, não poderá fazê-lo, sinão até a espessura da parede ou muro primitivo.

Art. 1200.— O consorte, que não tiver contribuido para o alçamento da parede ou muro commum, poderá adquirir a communhão na parte augmentada, pagando a metade da despeza, que custou, e mais, no caso de alargamento, a metade do sólo gasto com elle.

O consorte que alteou o muro ou parede torna-se proprietario exclusivo da parte alteada e igualmente do augmento de espessura, que fez com o seu sólo. Portanto, para que o outro vizinho possa obter a communhão, é necessario que pague não só a metade das despezas, como metade do sólo gasto com ella.

A disposição do art. 1200 é consequencia do disposto no art. 1201. No art. 1201 se estabelece a regra geral, que o art. 1200 applica a um caso especial.

Cumpre, porém, fazer sensivel uma diversidade de redacção.

O art. 1200, quando concede ao consorte, que não contribuio para o alçamento da parede ou muro commum, o direito de adquirir a communhão na parte augmentada, manda que elle pague a metade das *despezas*; mas o art. 1201, quando concede ao confinante o direito de adquirir a communhão em parede ou muro alheio, manda pagar metade do *valor* da parte que quer. Por que

Digitized by Google

razão no caso do art. 1200 se manda pagar metade das *despezas*, como excepção, e no caso do art. 1201, que é a regra geral, se manda pagar metade do valor?

Póde ser consideravel a differença entre a despeza e o valor. Quando se compra uma cousa, paga-se o seu valor, e não o que ella custa.

Esta anomalia apparente encontra-se em todos os codigos. O legislador quiz previnir a especulação de um consorte, que deixasse o outro fazer o alçamento do muro ou parede no intuito de depois obter a communhão por preço inferior ao do custo; porque succede muitas vezes ser o custo de uma obra superior ao seu valor.

> Art. 1201.—Todo o proprietario, confinante com parede, ou muro alheio, póde adquirir nelles communhão no todo, ou em parte, pagando metade do valor do todo ou da parte, que quer, e da metade do sólo, que assim fôr expropriado.

E' o direito vigente da Ord. L. 1 tit. 68 § 34.

Esta permissão, se diz, tem por fim evitar construcções inuteis, perdas de terrenos, e irregularidades nas edificações, irregularidades inevitaveis si não fôr permittido ao proprietario, que quizer edificar, aproveitar-se de muro ou parede vizinha, e tiver de fazer outra parede parallela sem necessidade.

O art. 1201 permitte que a acquisição da communhão se faça no todo ou em parte do muro ou parede alheia, o que depende do interesse do proprietario, que reclama a communhão. Póde elle precisar só de parte da parede do vizinho; porque a casa, que pretende edificar, é mais estreita, ou mais baixa, e não deve ser forçado a fazer acquisição da communhão de toda a parede ou muro do vizinho.

Tem tambem de pagar a metade do valor da parte, que quer, e não as despezas da construcção. Trata-se aqui de uma venda forçada; ora, o preço de uma cousa, que se vende, é o que ella vale ao tempo do contrato, e não o que ella custou. Póde esse valor ser maior ou menor que o custo. Deve-se em consequencia

Digitized by Google

ter em consideração o estado da parede ou muro, sua solidez e os materiaes empregados.

Si o proprietario quer só parte da parede, pagará só metade do valor dessa parte, e pagará metade do valor do solo desapropriado, qualquer que seja a altura da parede, cuja communhão é reclamada.

Art. 1202.—Todo o proprietario, dentro das cidades, villas e arraiaes, póde obrigar seus vizinhos confinantes a contribuir para a construcção dos muros, que dividem suas casas, pateos, hortas e jardins, até á altura do costume do logar, ou segundo as posturas ou regulamentos municipaes.

Art. 1203.—Só póde o vizinho confinante eximir-se da obrigação, de que trata o artigo antecedente, cedendo a metade do solo, sobre o o qual o muro deve ser feito, e renunciando o direito de communhão.

Nas cidades, villas e arraiaes, não só para embellezamento, como por conveniencia dos habitantes, é mister que os muros tenhão certa uniformidade. As camaras municipaes estão autorizadas a fazer posturas nesse sentido. Nos campos não succede assim; os terrenos pódem ficar cercados de qualquer fórma, por muros, vallos ou sebes. Por esta razão nas cidades, villas e arraiaes todo o proprietario póde obrigar seu vizinho a contribuir para a construcção de muros, que dividão seus terrenos, e só se isentaráõ da obrigação, cedendo metade do sólo necessario, e renunciando a communhão.

Fóra das cidades, villas e arraiaes ninguem é obrigado a ceder metade do solo, quando não queira contribuir para o muro de divisão, porque ahi ninguem é obrigado a cercar as suas terras.

Art. 1204.—Si os differentes andares de um edificio pertencerem a diversos proprietarios, e o modo de reparação e concerto se não achar regulado nos respectivos titulos ou por convenção, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º—O tecto, e tudo o que serve para sustentar o edificio, será reparado ácusta de todos, em proporção do valor, que pertence a cada um no edificio;

§ 2.º—Si a obra fôr só do interesse de um ou mais proprietarios, os outros não estão obrigados a concorrer para as despezas;

Digitized by Google

§ 3.º—O proprietario de cada andar pagará as despezas do seu pavimento, forro e mais obras, que fôrem exclusivamente do seu uso;

§ 4.º—As despezas com a escada, que leva de um andar para outro, serão feitas pelo dono deste e pelos proprietarios dos andares superiores, na mesma proporção do § 1.º

§ 5.º—As despezas com a escada, que leva ao ultimo andar, serão feitas só pelo dono deste.

Succederá que os differentes andares de um edificio pertenção a varios proprietarios. O edificio não é commum; si o fôsse, cada um dos comproprietarios seria obrigade ás despezas da reparação de qualquer parte delle, conforme o seu respectivo quinhão. A hypothese é de differentes partes do edificio pertencerem singularmente a diversos proprietarios. Si entre elles houver convenção, se observará o convencionado. O art. 1204 só regula em falta de convenção.

O § 1 regula o caso em que o tecto e tudo o que serve para sustentar o edificio, por exemplo, os esteios, os alicerces, precisão de reparação.

Em tudo o que serve para sustentar o edificio ha communhão; é do interesse de todos os proprietarios a sua reparação, que por conseguinte deve ser feita á custa de todos em proporção da parte de cada um no edificio. Si um dos proprietarios tem maior parte no edificio, tambem lhe competirá maior parte nas despezas.

Si a obra fôr só do interesse de um proprietario, por exemplo, a reparação de paredes interiores, será feita só á sua custa, porque os mais não têm interesse nella.

O proprietario de cada andar é o unico interessado na reparação de seu pavimento e forro; portanto deverá ser feita á sua custa.

A escada, que leva de um andar para outro, é aproveitada não só por este, como pelos proprietarios dos andares superiores, e deve sua reparação ser feita por todos em proporção do valor de cada um no edificio.

Finalmente a escada, que leva ao ultimo andar, aproveitando

Digitized by Google

sómente ao dono deste, deve sua reparação ser feita só por elle.

As disposições deste artigo rara vez terão applicação, por ser raro um edificio pertencer a varias pessoas em partes distinctas; mas é possivel.

Art. 1205.—Todo o proprietario póde murar, vallar, cercar de sebes o seu predio, ou fecha-lo por qualquer fórma, sem prejuizo das servidões constituidas.

E' negar a servidão dizer que todo o proprietario póde fechar a sua propriedade; é consequencia do direito de propriedade. Si alguem não pudesse cercar seu terreno, este estaria sujeito a uma servidão. Nos tempos feudaes, na Europa, havia dessas servidões; não podião os vassallos fechar seus terrenos, sem permissão dos senhores.

Qualquer póde fechar suas terras, mas sem prejuizo das servidões constituidas. Si por exemplo ha uma servidão de passagem, deve ser esta respeitada.

Art. 1206.— O confinante que ao fechar seu predio, utilisar-se dos muros, vallos, ou qualquer cercado de outro confinante, lhe pagará metade do sólo, sobre que estiver feito o muro, vallo, ou cercado, sem que por isso fiquem communeiros, salvo si offerecer-se a pagar tambem a metade do custo das obras.

Aquelle, que cerca o seu terreno, com um muro por exemplo, deve necessariamente empregar uma parte do terreno proprio para fazer a obra. Si um confinante, fechando igualmente o seu terreno se utilisa do muro, para cuja construcção nada contribuio, é de justiça que pague ao dono deste a metade do sólo, e sem ter direito á communhão, salvo si, usando da faculdade que lhe concede o art. 1201, pagar a metade do valor das obras.

Em vez— *do custo das obras,* como está no artigo, diga-se — do valor das obras.

Art. 1207.— No caso do artigo antecedente, si destruirem-se ou inutilisarem-se os muros, vallos, ou cercado, o seu proprietario restituirá ao confinante a importancia, que recebeu pela metade do sólo.

Digitized by Google

A decisão do artigo procede, ou o confinante do dono do muro, vallo ou cercado seja meeiro ou não. Si fôr meeiro, o prejuizo da destruição do cercado corre por conta de ambos; como, porém já não existem obras, tem o confinante direito de pedir o que deu pela metade do sólo, resolvendo-se assim a venda.

Art. 1208.— E' signal, que exclue a presumpção da communhão no muro, quando este é construido de tal sorte, que as aguas pluviaes, que sobre elle cahem, só vertem para um terreno; e neste caso se presume ser o muro proprio do dono do terreno, para o qual vertem as aguas.

No art. 1191 se disse que os muros e, em geral, tudo o que serve para dividir ou fechar predios confinantes, presumem-se communs, excepto si houver signaes de pertencerem a um só dos confinantes. Si houver taes signaes, cessa a presumpção de communhão, e nasce outra presumpção, a de pertencer áquelle confinante, em favor do qual é o signal. São desses signaes que tratão os artigos 1208 e seguintes.

Este e os artigos seguintes são apenas exemplos; haverá muitos outros casos, que ficão á apreciação do juiz. Assim si em uma parede divisoria só um dos confinantes travejou, ou madeirou, e o outro não, presume-se que a parede pertence áquelle, e não ao que, para sustentar o seu edificio, não se servio da parede confinante.

Supponha-se que um muro é construido de tal sorte que as aguas pluviaes, pela posição das telhas, que o cobrem, só vertem para um terreno; é o caso do art. 1208. Presume-se que o muro é proprio do dono do terreno, para o qual vertem as aguas. Si o muro fôsse commum, o recebimento das aguas pluviaes seria dividido entre os dous predios; ninguem tem obrigação de receber em seu predio as aguas pluviaes, que cahem do telhado do vizinho. O dono do predio, que as recebe de um muro, presume-se que foi quem o construio.

E' uma presumpção, que cede a prova em contrario, assim como o cedem as mais presumpções dos artigos seguintes.

Digitized by Google

Art. 1209.— É signal que exclue a presumpção da communhão do vallo, acharem-se as terras da excavação lançadas só de um lado: e neste caso presume-se que o vallo é do proprietario do terreno, sobre o qual estiverem as terras da excavação.

Aquelle, que faz um vallo para fechar as suas terras, lança para seu lado as terras da excavação, e isto por duas razões; a 1ª, porque não póde lançar entulhos no predio alheio; o dono deste tem direito de reclamar; a 2ª, porque as terras de excavação, alteando a tapagem, aproveitão ao predio onde são lançadas. Assim se deve presumir que quem fizer um vallo, por propria conveniencia, ou para respeitar os direitos do outro confinante, não havendo prova em contrario, lançará sobre seu terreno as terras da excavação.

Art. 1210.— E' signal, que exclue a presumpção da communhão dos muros, vallos, sebes e em geral de qualquer cercado:

1.º— Si fechão um terreno, e o terreno confinante não é cercado;

2.º— Si são mais antigos que outros, que fechão o terreno confinante;.

3.º— Si só um dos proprietarios delles se utilisa.

Paragrapho unico.— No caso do numero 1º, os muros, vallos sebes ou cercado presume-se pertencerem ao dono do terreno fechado;

No caso do numero 2º, presume-se pertencerem ao dono do terreno primeiramente fechado por elles;

No caso do numero 3º, presume-se pertencerem ao proprietario, que delle se utilisa.

As presumpções, de que trata este artigo, são fundadas em que todos os proprietarios têm interesse em conservar fechados os seus predios.

Si muros, vallos, sebes e, em geral, qualquer cercado fechão um terreno, e o terreno confinante não é fechado, deve-se presumir que pertencem ao dono daquelle. O dono do terreno não fechado não concorrerá para obras de que não tira proveito, não concorrerá só para fazer bem a um vizinho.

Si o cercado de um terreno é mais antigo que aquelle que fecha o terreno confinante, entende-se que foi feito quando o dono deste tinha o seu terreno aberto, e, pela regra acima exposta,

Digitized by Google

deve-se presumir que pertence ao dono do terreno primeiramente fechado.

Finalmente si um cercado só aproveita a um dos predios, deve-se presumir que foi o dono deste quem o fez. Supponha-se um predio plantado, fechado para evitar a entrada de criações de outro predio. Só o dono daquelle se utilisa do cercado, e se deve presumir que foi elle quem o fez, para evitar que os animaes, que pastão no outro predio, damnifiquem suas plantações.

Art. 1211.—As reparações e reconstrucções dos vallos, sebes, e, em geral, de quaesquer cercados são applicaveis as disposições dos arts. 1192, 1194 e 1195.

Ás reparações dos cercados sendo applicaveis as disposições dos arts. 1193 a 1195, todos os confinantes, a quem ellas pertencerem são obrigados a faze-las, na proporção de seu interesse, salvo o direito de renunciar a communhão. Mas aquelle, por cuja falta se arruinar ou damnificar o cercado, é o unico responsavel pelas despezas da reparação ou reconstrucção.

SUB-SECÇÃO IV

DA PLANTAÇÃO

Art. 1212.—Todo o proprietario póde plantar dentro do seu terreno até á linha divisoria com o terreno alheio, deixando, porém, conforme a qualidade da arvore que plantar, a necessaria distancia para que o tronco, com a medrança natural não ultrapasse a linha divisoria.

Um dos direitos, que emanão da propriedade, é poder o dono plantar no seu terreno como queira; conforme, porém, a qualidade das arvores póde a plantação ser prejudicial ao vizinho.

O direito romano marca a distancia de nove pés para a plantação das oliveiras e figueiras, e para as outras arvores a distancia de cinco pés, que o proprietario do solo deve deixar até á linha divisoria do predio confinante. *Ad vero oleam et ficum*

Digitized by Google

ab alieno ad novem pedes plantato; cæteras arbores ad pedes quinque.

Os que explicão esta lei dizem que a oliveira e a figueira erão duas arvores, que a lei romana considerava como mais prejudiciaes ao vizinho, já pela maior dilatação das suas raizes, já por suas exhalações infectuosas a todo outro vegetal, e por essa razão mandava afastar sua plantação para a distancia de nove pés de intervallo do sólo vizinho. Dizem que, a proceder esta razão, muitas arvores ha, que devião ser plantadas na mesma distancia, como os cyprestes, os pinheiros, as nogueiras e muitas outras.

No codigo da Sardenha exige-se para as arvores de alto tronco tres metros de distancia, ou ellas se dividão em muitos ramos ou se prolonguem em um só, como as nogueiras, castanheiros, carvalhos, pinheiros, ciprestes, choupos, platanos e outras semelhantes. Para as outras arvores, que não são desta qualidade, basta a distancia de metro e meio, isto é, para aquellas, cujo tronco á pequena altura se divide em ramos mais ou menos numerosos, como as pereiras, macieiras, cerégeiras, amoreiras. Quanto ás vinhas e arvores, cuja altura não excede de doze palmos, basta a distancia de meio metro.

O codigo italiano segue a mesma regra.

O codigo francez manda que, plantando-se nos confins do predio vizinho se deixe o intervallo de meio metro para as arvores de pequeno tronco e de dous metros para as arvores de alto tronco.

Não é possivel fixar-se a distancia em que devem ser as arvores plantadas, e nem podem ser classificadas como de pequeno ou alto tronco. Arvores ha que em certos climas são de alto e em outros de baixo tronco, e *vice-versa*.

Dentro de seu predio até á linha divisoria com outro predio será licito ao proprietario plantar como queira, sem ser obrigado a deixar intervallo algum, e qualquer que seja a qualidade da arvore, dê alto ou pequeno tronco; é como decide o art. 1212 do projecto.

Digitized by Google

E, de facto, o dono do predio tem a mais ampla faculdade de usar delle como queira: *qui utit jure suo neminem lædit*. Si as raizes penetrarem no solo alheio, o dono deste póde arranca-las, e lhe é igualmente licito cortar os ramos que sobre seu solo propenderem, como veremos. Está garantido seu direito sem ser mister guardar-se distancia alguma para a plantação de arvores.

Deve, porém, o dono do predio deixar a necessaria distancia para que o tronco da arvore com a mudança natural não ultrapasse a linha divisoria.

Isto é de razão, porque a ninguem é licito plantar no predio alheio, e si a planta de um predio ultrapassa os seus limites, invade terreno que não pertence ao proprietario plantador.

Art. 1213.—O proprietario do predio confinante póde exigir que sejão arrancadas as arvores que não fôrem plantadas conforme a disposição do artigo antecedente.

Si as arvores fôrem plantadas no solo do predio confinante, tem applicação o disposto no art. 1044. Aquelle que plantou no seu sólo com infracção do disposto no art. 1212, sabia ou devia saber que infringio a lei, e sujeitou-se á sancção do art. 1213. Ainda que a plantação tenha sido feita sem prejuizo do predio vizinho, é licito a este requerer que sejão as arvores arrancadas. Não ha aqui questão de damno, mas de violação da propriedade.

Art. 1214.—O proprietario póde arrancar ou cortar as raizes de qualquer vegetal plantado, ou nascido espontaneamente no predio vizinho, e que se introduzirem no seu predio; póde igualmente cortar os ramos, que sobre elle propenderem, comtante que não ultrapasse o plano perpendicular divisorio; mas si preferir conservar os ramos, que propenderem sobre o seu predio, poderá fazer seus os fructos que elles produzirem.

Ainda que a arvore seja plantada dentro dos limites marcados no art. 1212, si suas raizes se introduzirem para dentro do predio do vizinho, é este autorizado a arranca-los ou corta-los, não póde, porém, exigir que as arvores sejão supprimidas; porque plantadas na fórma legal, si suas raizes penetrárão no sólo

Digitized by Google

alheio, é isso um phenomeno natural, pelo qual ninguem é responsavel.

Da mesma fórma, ainda que as arvores tenhão sido plantadas na distancia legal, si os ramos propenderem sobre o solo vizinho, não póde o dono deste exigir que sejão arrancadas; o seu direito é cortar os ramos que ultrapassarem o plano divisorio perpendicular. E' applicação do principio estabelecido no art. 1006; a propriedade comprehende não só o sólo em sua superficie, como toda a sua profundidade e o espaço aereo correspondente.

Logo que os fructos são produzidos no seu solo, póde o vizinho colhê-los. O proprietario da arvore não tem de que se queixar, porque nada obsta que elle mesmo corte os ramos que propendem sobre o solo do vizinho, e si os deixa, dá a este o direito de colher os fructos.

Art. 1215.—Os direitos do proprietario de que tratão os artigos antecedentes não prescrevem em tempo algum.

Si a arvore medra além dos limites do predio, ou está plantada, ou suas raizes se introduzem no predio vizinho, ou seus ramos propendem sobre este, em todo o tempo póde o vizinho requerer que a arvore seja arrancada, póde cortar-lhe as raizes ou os ramos, sem obstar-lhe prescripção alguma. Reputão-se actos de tolerancia, e si a mais tempo não usou o vizinho do seu direito, seria por não ter soffrido até então prejuizo algum; o seu longo silencio não indica approvação.

Art. 1216.—Salva a disposição da parte final do art 1214, o proprietario de quaesquer vegetaes tem o direito de exigir que o dono do predio confinante lhe permitta colher os fructos, que nelle cahirem, respondendo por qualquer damno, que com isso causar.

Os fructos pertencem ao dono da arvore, onde quer que caião. Si fôrão produzidos pelos ramos, que propendêrão sobre o sólo do vizinho, pertencem a este (art. 1214), e portanto não podem ser reclamados.

Digitized by Google

Art. 1217.—Os vegetaes nascidos em vallo, sebe ou qualquer cercado de terrenos confinantes, são communs, si os vallos, sebes ou cercados são communs; si pertencem a algum dos confinantes, tambem pertencem a este os vegetaes nos mesmos nascidos.

O artigo é de evidencia; os vegetaes pertencem ao proprietario do solo, si o solo é commum pertencem aos comproprietarios.

SUB-SECÇÃO 5ª

DA CONSTRUCÇÃO DE DEPOSITOS DE MATERIAS NOCIVAS E DE OUTRAS CONSTRUCÇÕES SEMELHANTES

Art. 1218.—Aquelle que tiver de fazer alguma obra em sua propriedade, deve conformar-se com o que por lei ou costume estiver determinado, quanto ao modo de executa-la.

E' uma das restricções do direito de propriedade estabelecida por utilidade publica. Aqui se firma o principio geral, de que adiante veremos numerosos exemplos. Costumão as camaras regular a fórma dos edificios, quer para embellezamento das povoações, quer por motivos de hygiene.

Muitas vezes o dono de um terreno é obrigado a afastar ou adiantar suas construcções, por causa do alinhamento das ruas.

Depois do terremoto de 1º de Novembro de 1755, Lisbôa foi reconstruida sob um plano completamente novo.

Art. 1219.—Aquelle, que quizer abrir cloacas, fossos ou canaes de despejo, junto de qualquer muro, parede ou cercado de predios confinantes, quer sejão communs, quer inteiramente alheios, ou construir chaminé, lar, fogão, forno, ou deposito de qualquer substancia corrosiva, ou que produza infiltrações nocivas, será obrigado a ter as necessarias cautelas, para não causar damno ao proprietario, interessado, ou morador no predio vizinho.

E' applicação de prescripção estabelecida no artigo antecedente. As cautelas, que deve ter o que faz as obras mencionadas no artigo, têm por fim, ora o interesse particular, ora

Digitized by Google

tambem o publico, como sejão os da segurança e salubridade publica. Neste caso deve intervir a autoridade administrativa, e se observaráõ as leis e regulamentos respectivos.

A abertura de cloacas, fossos e canos de despejos, a construcção de chaminé, lar, fogão, etc., podem ser prejudiciaes ao publico, occasionar incendios, ou crear fócos de epidemias, não se tomando as necessarias cautelas.

Quaes são essas cautelas, para não prejudicar o vizinho, é o que a lei não diz, nem era possivel especificar. Fôra necessario regular todas as construcções; ao juiz conforme os casos e as circumstancias particulares, compete decidir si taes obras devem ser supprimidas ou alteradas, por serem prejudiciaes aos vizinhos, ou contrarias á segurança publica.

SUB-SECÇÃO VI

CONSTRUCÇÃO E EDIFICAÇÃO

Art. 1220.—O proprietario que levantar, ou já tiver levantado, muro ou parede no seu predio, não poderá nelle, por meio de janella, eirado, varanda, sacada ou qualquer outra obra, abrir vista directa ou obliquamente, para o predio alheio, nem ainda sobre o seu telhado, seja o predio vizinho fechado ou aberto, salvo si deixar intervallo de metro e meio entre o predio do vizinho e a parede ou muro, em que se executão as obras.

Paragrapho unico.—Quando o plano vertical da parede ou muro é parallelo ao plano vertical divisorio do predio confinante, a vista se diz directa; quando faz com elle um angulo menor que o recto, a vista se diz obliqua.

Cumpre primeiro conhecer o que seja vista directa e obliqua. O paragrapho unico do artigo o define.

Devemos suppôr a parede ou muro, de que se trata, limitada por um plano vertical, e o predio confinante tambem limitado por outro plano vertical. Se faz ordinariamente a explicação por meio de linha divisoria, mas na realidade os predios são limitados por *planos verticaes* e não por *linhas divisorias*,

Digitized by Google

porque a propriedade de um predio comprehende não só a superficie, como todo o espaço aereo correspondente (art. 1006).

Si o plano vertical da parede ou muro, onde se quer abrir a janella, é parallelo ao plano vertical divisorio do predio vizinho, a vista se diz directa; porque uma pessoa olhando de frente da janella sobre o predio, sua vista cahe sobre seu plano vertical divisorio perpendicular e directamente.

Mas si o plano vertical da parede ou muro, onde se quer fazer a janella, faz com o plano vertical divisorio do outro predio um angulo menor que o recto, a vista se diz obliqua, porque uma pessoa, olhando da janella, será preciso que volte para a esquerda ou para a direita afim de sua vista cahir perpendicularmente sobre o plano vertical divisorio do outro predio.

Não é obliqua a vista quando é recto ou maior que o recto o angulo formado pelo plano vertical da parede com o do predio alheio; porque neste caso a vista da janella nunca póde cahir perpendicularmente sobre o plano vertical divisorio do predio vizinho.

Neste caso o art. 1220 não prohibe a vista sobre o predio vizinho, ella não é assim tão prejudicial para dever-se restringir o direito de propriedade.

O art. 1220 falla do proprietario que levantar ou já tiver levantado muro ou parede no seu predio. Trata-se do caso de já alguem ter uma casa ou pretender edificar. Não poderá abrir janella sem deixar o instersticio legal. Si a casa já estava levantada, a janella só póde ser aberta si o predio vizinho pertence ao dono da casa até á distancia de metro e meio. Si fôr caso de construcção nova, para a janella poder ser aberta, o edificio será recuado até essa distancia, si é alheio o terreno vizinho confinante.

O intersticio da nossa Ordenação é de vara e quarto, o que equivale a metro e meio.

Nada importa que o predio vizinho seja aberto ou fechado; a razão da prohibição é sempre a mesma; o incommodo que soffre

Digitized by Google

o vizinho sendo seu predio devassado por outro; sua liberdade ficará tolhida.

A prohibição comprehende não só a abertura de janellas, como de eirado, varanda, sacada ou qualquer outra construcção; é tudo o que póde dar vista sobre o predio vizinho, ou ainda sobre o seu telhado; porque póde elle querer levantar sua casa e ser obstado pela servidão.

Art. 1221.—Bem póde o eirado ser feito sem o intervallo, de que trata o artigo antecedente, si fôr levantada a parede do lado do predio vizinho até á altura de dous metros e meio.

Si o eirado é no alto da casa, mas retirado metro e meio do plano divisorio do predio vizinho, póde ser feito como bem o queira o proprietario, aberto ou não, com ou sem peitoril. E' como se construem as aguas-furtadas, que podem ter vista para todos os pontos, conservando o intersticio legal.

Mas si o proprietario quizer chegar o eirado até á extrema divisoria do predio do vizinho, deverá levantar a parede desse lado até á altura de dous metros e meio. Nessa altura já não dá-se o inconveniente do devassamento do predio vizinho.

E' verdade que ainda nessa altura póde, do eirado, ser devassado o predio do vizinho, si os moradores puzerem, por exemplo, um banco ou qualquer cousa sobre que se possão levantar. Mas, como diz Lobão, « si por meio de banco ou estaleiro se sobe para devassar o predio do vizinho, isso já procede do vicio da pessoa, e não do vicio das obras; tal curiosidade só se póde cohibir por meio de um preceito comminatorio ou termo de bem viver. »

Art. 1222.—A disposição do art. 1220 procede, ainda que as obras sejão feitas em parede ou muro commum, ou só pertencente a algum dos confinantes.

Como o principal motivo da prohibição de abrir vistas sobre o predio vizinho é o inconveniente do seu devassamento, pouco importa que a vista seja aberta em muro commum, ou proprio de algum dos confinantes.

Digitized by Google

Art. 1223.—Procede igualmente a disposição do art. 1220 ainda que o proprietario, que pretende fazer as obras ahi mencionadas, tenha parte no predio vizinho.

Pelo art. 1022 não vale qualquer encargo, que um dos consortes tenha imposto sobre a cousa commum, sinão no caso de lhe ser ella dada no seu quinhão.

Assim um consorte não póde estabelecer servidão alguma sobre a cousa commum, si o outro se oppõe a isso.

Aos mais consortes do predio commum é facultado opporem-se á servidão de vista, que um delles queira impôr no predio, porque assim evitão as difficuldades da extincção da servidão, caso o predio, quando haja divisão, não fique pertencendo ao consorte que a constituio.

Art. 1224.—O intervallo de metro e meio de que trata o art. 1220, si a vista fôr directa, se contará pela linha, que, partindo perpendicularmente do plano vertical divisorio do predio vizinho, vá ter á face exterior da janella ou eirado; e, si houver sacada ou varanda, vá ter á face exterior mais projectada da mesma sacada ou varanda.

Si a vista fôr obliqua, se contará pela linha que, partindo perpendicularmente do plano vertical divisorio do predio confinante, vá ter ao ponto mais proximo da janella ou eirado; e si houver sacada ou varanda, vá ter ao ponto de projecção mais proximo da mesma sacada ou varanda.

Para medir-se o intervallo de metro e meio, que deve deixar todo aquelle que pretende abrir vistas sobre o predio alheio, figura o artigo as duas hypotheses de ser a vista directa ou obliqua, porque conforme fôr ella, varia a decisão.

A vista é directa quando os planos verticaes divisorios dos dous predios são parallelos.

Supponhão-se de differentes donos dous predios, A e B, levantados parallelamente e em frente um do outro, pertencendo o terreno entre elles ao proprietario do predio A; quer-se saber si uma janella aberta no predio A tem o intersticio legal, ou deve ser fechada, por se não ter observado o disposto no art. 1220.

Aqui trata-se de uma vista directa, porque as paredes dos dous predios são parallelas.

Digitized by Google

Conforme o art. 1224, se ha de tirar uma linha recta partindo perpendicularmente da parede do predio B, e que vá ter á face exterior da janella, ou de qualquer parte desta, sendo a linha perpendicular. Si a distancia desta é de metro e meio ou mais, a janella foi feita com o intervallo legal; porque o terreno intermedio pertence ao dono do predio A. Não é necessario dizer que si este terreno pertencesse ao proprietario do predio B, não se podia abrir a janella.

Supponha-se agora que, em vez de janella, fez o proprietario do predio A uma sacada.

Como no primeiro caso, deve-se tirar uma linha perpendicular, que, partindo da parede do predio B, vá ter á face exterior mais projectada da sacada. A medida desta linha mostrará si ha ou não intervallo legal, conforme a distancia fôr de metro e meio ou mais, ou não chegar a metro e meio.

Comprehende-se que uma sacada, projectando-se para fóra da parede, approxima a vista para o predio do vizinho. Quem se acha em uma sacada vê mais de perto o predio vizinho, do que quem se acha em uma janella. Por isso, a linha que se tira perpendicularmente do plano divisorio do predio vizinho, deve vir ter á face exterior da sacada mais projectada, e não á parede do predio.

Vejamos agora como se mede a distancia quando a vista é obliqua.

As duas paredes dos predios A e B já não são parallelas, mas cortão-se em um angulo agudo qualquer. Trata-se primeiramente da janella aberta na parede do predio A. Tira-se uma linha perpendicular da parede do predio B, que vá ter ao ponto mais proximo da janella, porque si procurar-se outro mais remoto e medir metro e meio, o ponto mais proximo não dará o intervallo legal. A linha assim tirada marcará a distancia do intersticio.

Esta disposição é a beneficio do proprietario do predio B

Digitized by Google

afim de que parte nenhuma da janella fique proxima de sua parede menos de metro e meio.

Si trata-se de uma sacada construida na parede do predio A, a linha perpendicular, que se tirar da parede do predio B, deverá ir ter ao ponto de projecção mais proximo da sacada; porque, como já se disse, a sacada approxima mais a vista sobre o predio vizinho que uma janella, e procura-se o ponto de projecção mais proximo em beneficio do dono do predio B, para que da sacada não possa haver vista em distancia menor de metro e meio, como succederia si a linha fôsse tirada para qualquer outro ponto.

O que fica exemplificado applica-se a qualquer outro caso, ou trate-se de eirado, varanda ou qualquer outra construcção.

Art. 1225.— O proprietario, sobre cujo predio houver janella, eirado, varanda ou sacada, por direito adquirido, não poderá levantar muro, parede, ou fazer qualquer outra edificação, ainda que seja em seu terreno, em frente da dita janella, eirado, varanda ou sacada, sem deixar intervallo de metro e meio, medido na fórma do artigo antecedente.

O direito de vista sobre o predio alheio póde ser adquirido por qualquer dos meios reconhecidos em direito, por compra, por permissão, por prescripção, por destinação do proprietario, que é o mais frequente.

O testador tem dous predios, um dos quaes tem vista sobre o outro. Legando-os a pessoas diversas, as cousas continuão no mesmo estado, um dos predios continúa com a servidão de vista sobre o outro.

A servidão assim constituida, quando o dono do predio serviente queira fazer qualquer obra no seu terreno, não poderá tapar a janella do predio dominante, mas guardará a distancia de metro e meio.

Esta distancia de metro e meio ha de ser medida nos termos do art. 1224, conforme a servidão de vista fôr obtida por meio da janella, sacada, ou varanda.

Digitized by Google

Art. 1226.— No caso do artigo antecedente, o proprietario que levantar parede ou muro, ou fizer qualquer outra edificação deixando o dito intervallo de metro e meio, poderá abrir vistas em qualquer das ditas obras.

No caso do artigo antecedente si o dono do predío serviente edificou a sua casa guardando a distancia de metro e meio, poderá em sua parede abrir janella, ou fazer sacada ou varanda, porque estas dão sobre terreno seu, e deixa o intersticio legal, observadas as regras do art. 1224, a que faz referencia o art. 1225.

Si a servidão é só de janella sobre o predio vizinho, o dono deste, quando tenha de edificar, bastará recuar as obras metro e meio. Si a servidão é de sacada ou varanda, deverá recuar as obras mais de metro e meio, porque esta distancia conta-se até o ponto mais avançado da sacada ou varanda.

Art. 1227.—O dono de um predio poderá abrir vistas, por meio de varanda ou sacada, sobre o seu terreno ; mas, si algum dos lados da obra projectar vistas sobre o predio vizinho, será obrigado a tapa-lo, salvo si esse lado estiver distante da linha divisoria do predio vizinho metro e meio, contados na fórma do art. 1224.

Supponha-se a parede A de um dono fazendo angulo recto com o plano divisorio do terreno B do outro dono. Supponha-se ainda que o terreno em frente da parede A pertence ao dono desta, ou é publico.

O dono da parede A poderá abrir janellas em toda a extensão da sua parede, porque a frente desta faz angulo recto com o plano divisorio do terreno B; a vista já não é mais obliqua, como se explicou no art. 1220. Portanto, o dono da parede A poderá abrir janellas em qualquer parte da mesma, e onde queira.

Si o dono da parede quizer abrir vistas por meio de sacada ou varanda, tambem poderá faze-lo em toda a extensão da mesma.

Como, porém, a varanda ou sacada, projectando para fóra da parede, vem a devassar o terreno B, deverá a varanda ou sacada ser tapada por esse lado. Si, porém, nesse lado a varanda ou

Digitized by Google

sacada ficar recuada metro e meio, distante do plano divisorio do predio B, não precisará ficar tapada. E' a decisão do art. 1227, e se funda na disposição do art. 1220, que prohibe vista directa sobre o predio vizinho.

Art. 1228.—As disposições do art. 1220 não são applicaveis a predios entre si separados por qualquer estrada, caminho, rua, travessa, becco ou outra passagem publica.

Supponhá-se uma parede, que dê sobre um becco; fronteira a ella ha uma casa com janellas abertas e em distancia só de um metro. Não obstante as janellas e o intersticio só de um metro, o dono da parede póde abrir as janellas, que queira, porque o terreno é publico; póde abrir vistas por meio de varanda, sacada, ou ainda fazer eirado, sem ser necessario altear a parede do lado do becco, como manda o art. 1221, até a altura de dous metros e meio.

Sobre ruas publicas, praças, caminhos, travessas, em uma palavra, sobre terrenos publicos, é licito a todos abrir as vistas que quizerem por meio de janellas, sacadas, varandas, eirados ou qualquer outra construcção. A unica obrigação imposta é de observarem-se as posturas municipaes, ou o que por lei ou regulamentos estiver estabelecido.

Um becco, por mais estreito que seja, é uma passagem publica, e, sendo licito a todos transitar por elle, não se póde evitar o devassamento dos predios que tenhão vistas para elle, e não ha necessidade de prohibir a abertura de novas vistas para elle.

Art. 1229.—O que abrir vistas sobre o predio alheio, contravindo o disposto nos artigos antecedentes, não será obrigado a tapa-las, e terá applicação o disposto no art. 1225, si o dono do predio não reclamar em juizo, pela competente acção, dentro de um anno estando presente na comarca e dentro de cinco, estando fóra della.

Paragrapho unico.—O prazo, de que trata o artigo, contar-se-ha do dia em que foi acabada a obra.

Supponha-se que um proprietario abrio janella sobre o terreno vizinho. Si este se achava dentro da comarca e não reclamou

Digitized by Google

durante um anno, fica constituida a servidão, e dentro de cinco, estando fóra della. Comprehende-se que no caso de ausencia fóra da comarca, o prazo deve ser maior, porque o prejudicado póde não ter tido conhecimento da obra. Aquelle, que não reclama dentro de um ou cinco annos, deve-se entender que consentio na servidão.

E' uma especialidade do nosso direito. A Ord. L. 1º tit. 68 § 25, diz: « E tendo alguem feito janella, fresta ou eirado com peitoril, em caso, que a não podia fazer, depois de ser passado anno e dia, si a parte era presente no logar, onde se faz, já o não poderá obrigar a desfazê-lo, posto que se queira alevantar. »

O prazo da Ord. é só no caso, em que o interessado se acha presente no logar, estando ausente, regulão as disposições relativas á prescripção de 20 ou 30 annos.

Estes prazos devião ser encurtados. Fôra iniquo mandar supprimir uma varanda depois de 29 annos de duração.

O art. 1229 reduz o prazo a cinco annos, não estando presente na comarca o dono do predio serviente.

Cumpre notar que se não trata aqui de prescripção, e esta observação é de grande importancia.

Logo que se não trata de prescripção, os prazos marcados de um e cinco annos, não se interrompem sinão propondo o autor a sua acção em juizo.

A prescripção se interrompe, por exemplo, por meio de protesto judicial intimado pessoalmente ao prescribente (art. 1371). Aquelle, sobre cujo predio alguem abrio vistas, não póde interromper o prazo de um ou cinco annos por meio de protesto judicial feito e intimado ao dono da obra; mas só demandando-o.

A prescripção não corre contra os menores, emquanto estes não têm representante legal (art. 1389); mas si alguem abrio vistas sobre o predio de um menor, o prazo de um ou cinco annos corre ainda contra o menor, sem interrupção.

Digitized by Google

A razão é porque o prazo estabelecido no art. 1229 é de interesse publico, para que se não desfação os edificios. O juiz, que não deu ao menor um tutor, durante o prazo de um ou cinco annos, póde ser responsavel pelo prejuizo deste.

Art. 1230.—Não obstante a disposição do art. 1220, todo o proprietario póde abrir em sua parede ou muro, frestas, seteiras ou oculos para luz, comtanto que:

1.°—Sejão abertas na altura de dous metros e meio, pelo menos, acima do sólo ou soalho;

2.°—Sejão fechadas com vidraça fixa, ou com grade ou rede de metal ou madeira, cujas aberturas não excedão de um decimetro quadrado.

A Ord. L. 1° tit. 68 § 24, permitte, sem intermediar o espaço de vara e quarto, fazer nas paredes seteiras, pelas quaes só se possa obter claridade; não declara, porém, o modo como devão ser feitas, nem em que altura devão ficar. Ora si as seteiras ficarem muito baixas, o proprietario e moradores do predio, onde existirem, podem devassar com facilidade o predio vizinho, e si não fôrem fechadas com vidraça fixa ou grade de pequena abertura, podem ser por ellas lançados objectos no predio vizinho. O seu fim é unicamente dar luz ao predio. Sendo abertas dous metros e meio acima do soalho, já é difficil o devassamento. Si o vizinho põe banco para vêr por ella, é, como diz Lobão, vicio de pessoa e não da cousa, e tal curiosidade póde ser cohibida.

Art. 1231.—As aberturas para luz, de que trata o artigo antecedente, não prescrevem em tempo algum contra o vizinho, que poderá a todo o tempo, que queira, levantar a sua casa, contra-murar, ou fazer qualquer outra construcção no seu predio, ainda que vede a luz das ditas aberturas.

Paragrapho unico.—Igualmente ellas não impedem que o vizinho confinante possa a todo tempo, adquirir a communhão da parede ou muro, nos termos do art. 1201.

Ainda a Ord. L. 1° tit. 68 § 24 accrescenta: « E quando o outro, sobre cujo quintal ou telhado se fez a seteira, se quizer levantar, poder-lh'a-ha tapar, posto que seja passado anno e dia, ou outro qualquer mais tempo, que estiver feita. »

Digitized by Google

A lei considera a abertura para claridade como um simples acto de tolerancia. Um vizinho não deve prohibir que o vizinho, sem seu prejuizo, procure a claridade para seu predio; uma setteira na parede do vizinho não lhe será prejudicial, sendo construida com as condições do art. 1230; a lei o obriga a concede-la, só emquanto não lhe é prejudicial.

Mas fôra-lhe summamente oneroso não poder levantar sua casa sem dispôr o intersticio de metro e meio por causa da setteira. Assim, em homenagem ao direito de propriedade, a lei permitte que o vizinho, sobre cujo predio existe abertura para luz, possa livremente levantar sua casa e tapar as setteiras.

« Tali finestre non impediranno al vicino di acquistare la comunione del muro : egli però non potrà chiuderle, se non appoggiandovi il suo edifizio», diz o cod. italiano, e é o objecto do § unico do art. 1231.

O art. 1199 permitte que qualquer vizinho adquira a communhão da parede divisoria pagando metade do seu valor : a disposição procede ainda que o proprietario tenha setteiras ou aberturas para luz no mesmo predio.

Art. 1232.—A disposição do artigo antecedente é applicavel ao caso, em que o eirado é feito na fórma permittida pelo art. 1221.

O art. 1221 permitte que qualquer faça em sua casa eirado, que chegue até aos limites do predio vizinho, com tanto que do lado deste levante uma parede de altura de dous metros e meio.

Si houver um eirado feito por esta fórma, em todo o tempo o vizinho, que queira levantar sua casa, o poderá fazer, e, si fôr preciso, demolir em todo ou em parte a parede do eirado.

Art. 1233.—Ninguem póde construir casa ou fazer quesquer edificações, de modo que as beiras do telhado lancem as aguas pluviaes sobre o terreno alheio; poderá faze-las cahir em terreno seu ou publico.

No artigo 1159 vimos que os predios inferiores são obrigados a receber as aguas, que correm dos superiores, *mas sem obra do*

Digitized by Google

homem. Tal servidão é creada sómente no caso em que as aguas correm naturalmente dos predios superiores para os inferiores, sem que para estes tenhão sido dirigidas por obra do homem. A construcção de um telhado é facto do homem, e portanto o predio inferior não deve ficar sujeito a receber as aguas que cahem immediatamente do telhado de um edificio.

As aguas pluviaes devem cahir ou sobre o terreno do dono do edificio, ou sobre terreno publico. Póde o telhado ser construido com inclinação para o predio vizinho; mas neste caso o proprietario deve apanhar as aguas de maneira que não caião no predio alheio, por meio de bicas ou de qualquer outra fórma.

Si as aguas pluviaes, cahindo de um edificio no terreno do dono deste ou em terreno publico, depois descem para o predio vizinho, não póde o dono deste impedir o seu livre curso, porque este é natural, embora occasionado pelo trabalho do homem.

> Art. 1234.—Concluida a obra em contravenção do disposto no artigo antecedente, sem opposição, nenhum vizinho prejudicado póde mais fazer reclamação alguma.

A servidão de receber as aguas que cahem do telhado alheio é de pouca importancia; pequeno prejuizo, e quasi sempre nenhum resulta ao predio serviente. E' a razão por que o art. 1234 só concede o direito de reclamar emquanto se faz a obra, e cessa todo o direito quando esta se acha concluida.

> Art. 1235.—Cahindo as aguas de um telhado sobre o predio do vizinho, póde este a todo o tempo, quando queira levantar suas casas, ou edificar até ou além da altura do telhado, quebrar as beiras, que crescerem para fóra da parede, mas dará expedição as aguas, do modo o mais conveniente para cahirem em terreno seu ou publico.

E' o que se chama servidão *stellicidii.* Embora a servidão, não deve o dono do predio serviente ficar inhibido do direito de edificar, ou de levantar suas casas. Lhe é licito extingui-la a todo o tempo, tomando as aguas pluviaes, e lançando-as em terreno seu ou publico. Não póde, porém, lança-las no predio dominante, porque este não estava sujeito a recebe-las.

Digitized by Google

SUB-SECÇÃO 7ª

SERVIDÃO DE PASSAGEM

Art. 1236.— Todo o proprietario deve dar entrada e passagem pelo seu predio, sempre que houver necessidade de construcção ou reparação de uma obra, que não possa ser feita sem essa faculdade, ou só com excessivo dispendio ou incommodo.

No artigo seguinte se tratará da servidão de passagem de caracter permanente. No art. 1236 trata-se de uma servidão temporaria, accidental, que só durará emquanto durarem os trabalhos para os quaes é concedida.

Não fôra justo que um proprietario ficasse inhibido de edificar no seu terreno, ou de reparar seu predio, pelo capricho de um vizinho, que lhe não permittisse passagem e entrada para esse fim.

Si com tal passagem soffre o vizinho algum prejuizo, tem direito a ser indemnizado, como dispõe o art. 1239.

A servidão é devida, quer no caso em que a passagem é indispensavel, quer quando a obra sem ella não póde ser feita sinão com excessivo dispendio ou incommodo.

Não é possivel dizer *a priori* quando se deva entender excessivo o incommodo ou dispendio. E' um dos muitos casos que a lei deixa á prudente apreciação do juiz, que decidirá conforme as circumstancias, qualidade da obra e condição das pessoas. Para uma pessoa pouco abastada será excessivo o dispendio, que o não será para um opulento.

Art. 1237.— O proprietario, cujo predio se acha encravado, ou de tal sorte situado, que não possa obter communicação com as vias publicas, ou só possa obte-la com excessivo dispendio, ou incommodo, tem direito de exigir passagem pelo predio ou predios alheios.

Paragrapho unico.— Esta passagem deve ser concedida pelo logar que menos incommodo causar ao que fôr obrigado a concede-la.

A legislação que temos sobre o assumpto é o Alvará de 16

Digitized by Google

de Julho de 1778, que assim dispõe: « Mando que todos os caminhos e atravessadouros particulares, feitos pelas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a fontes ou pontes, com manifesta utilidade publica, ou a fazendas que não possão ter outra alguma serventia, sejão vedados e abolidos por officio do juiz; posto que de taes servidões se alleguem as posses immemoriaes, que são repugnantes á liberdade natural, quando não conste que para ellas precedêrão titulos legitimos.»

O art. 1237 do projecto amplia o direito de exigir passagem. O Alvará só o concede para fontes e pontes de manifesta utilidade publica; o artigo concede para *vias publicas*, seguindo os codigos modernos, o que comprehende tambem as pontes, que são vias publicas. Porque só permittir o direito de passagem para pontes? Temos as estradas de ferro, os rios navegaveis, as costas do mar, os portos de embarque, que são de mais importancia que as pontes, e de nenhum valor será o predio que não tiver communicação para taes vias.

Quanto á servidão para uso das aguas, passagem para fontes como diz o Alvará, acha-se regulada no art. 1175 do projecto.

Si a ponte não é publica, mas particular, não ha direito de exigir transito para ella.

A servidão de passagem é instituida por utilidade publica, porque não convém que os predios fiquem incultos. Não se póde dizer, como querem alguns, que é contraria á constituição, que garante o direito de propriedade em toda a sua plenitude; o interesse particular deve ceder quando em conflicto com o interesse publico. Demais o dono do predio sujeito á passagem é devidamente indemnizado.

Os romanos dizião: *Præses etiam compellere debet, justo pretio, iter ei prestare. Ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospitiat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

Para se obter o direito de passagem não é necessario que o predio esteja encravado; basta que se ache de tal sorte situado,

Digitized by Google

que sem ella não seja possivel a communicação com as vias publicas.

Nem se exige ainda impossibilidade absoluta de communicação; basta que não se possa conseguir sinão com excessivo dispendio ou incommodo. Toda a communicação de um predio qualquer, que não esteja encravado, com as vias publicas é possivel, mas póde ser tal, tão difficil e incommoda, que o proprietario prefira abandonar o predio; é isso contrario ao interesse publico, não devendo os predios ficar incultos. O que seja excessivo dispendio ou incommodo decidirá o juiz. Si ha um caminho, mas este perigoso, bastará, para que o proprietario, que não tem outro transito, possa exigir a passagem pelo predio do vizinho.

Sufficit necessitas moralis; quia nempe alter transitus esset nimium dispendiosus et incommodus; et e converso servitus magnum vicino non pareret præjudicium, comparatione damni illius cui ea denegantur; adeoque materia revera est incapax regulæ certæ et generalis, sed in singulis casibus decisionem expectet ab eorum particularibus circumstantiis, ex quibus regulandum est judicis arbitrium. (Deluca).

A passagem finalmente deve ser concedida pelo logar que menos incommodo causar ao que fôr obrigado a concedê-la; porque é regra geral que toda servidão deve ser constituida com o menor incommodo possivel do predio serviente.

Servitus indefinita sic interpretanda est ut quam minimo fieri potest incommodo fundus serviens oneretur. (Favre).

Art. 1238.—A disposição do artigo antecedente é applicavel ao caso em que, tendo já um proprietario o direito de passagem pelo predio de outrem, necessita alargar ou alterar o caminho, para o transporte de vehiculos.

A mesma razão que leva a lei a permittir a acquisição forçada do direito de transito, tambem milita para ampliar a servidão. O proprietario do predio encravado, si não tiver modo

Digitized by Google

de levar ao mercado os seus productos por meio de carros ou qualquer outro vehiculo, vêr-se-ha talvez obrigado a abandona-lo. Si já tem o direito de passagem a pé ou a cavallo, mas não lhe é sufficiente, póde requerer ampliação da servidão. Está entendido que tambem nesse caso o dono do predio serviente poderá exigir augmento de indemnização.

Art. 1239.— Em qualquer dos casos dos artigos antecedentes, terá direito á indemnização o proprietario, que fôr obrigado a conceder as faculdades nos mesmos mencionadas.

Em qualquer dos casos dos artigos antecedentes, isto é, quer no caso em que o proprietario exige a passagem para a construcção ou reparação de obras (art. 1236), ou para ter communicação com as vias publicas (art. 1237), ou para alargamento ou mudança do caminho (art. 1238), o dono do predio serviente terá direito a ser indemnizado.

A indemnização é calculada pelo prejuizo, que realmente soffre o dono do predio serviente, e não pelo beneficio, que recebe o dono do predio dominante.

Art. 1240.— Si o predio tornou-se encravado, ou falto de communicação, nos termos do art. 1237, em consequencia de partilhas, ou divisão entre consortes, por estes deverá ser paga proporcionalmente a indemnização, de que trata o artigo antecedente, e, em igualdade de circumstancias, a servidão recahirá no predio ou predios, de que o encravado, ou falto de communicação, fazia parte.

Succede muitas vezes, em consequencia da divisão de um terreno commum, ficar encravado, ou falto de communicação para as vias publicas, algum dos lotes dado em partilha. Não é justo que o proprietario desse terreno peça a vizinhos estranhos passagem para seus predios. A partilha é um acto de vontade, e ninguem sómente por sua vontade póde impôr uma servidão no predio vizinho.

Dir-se-ha que um predio encravado, qualquer que tenha

Digitized by Google

sido a causa, deve ter uma passagem, afim de não ficar inculto, o que é contra o interesse publico. Mas como o encravamento foi devido a um acto voluntario, são os o utros consortes os que de preferencia devem dar a passagem por seus predios, a qual deve pela mesma fórma recahir no predio ou predios, de que o encravado fazia parte.

Da mesma fórma o dono do predio encravado, para ter a passagem, ha de indemnizar o dono do predio, por onde é ella concedida. Esta indemnização recahirá proporcionalmente sobre todos os consortes, como consequencia do principio já estabelecido, que todos os consortes se garantem reciprocamente ás cousas que são dadas em seus quinhões.

Art. 1241.— O dono do predio serviente póde requerer que se extinga a servidão de passagem, cessando o motivo della. Neste caso será obrigado a restituir o que recebeu a titulo de indemnização, ou cessará a prestação periodica, si era esta a indemnização.

Supponha-se que o dono do predio dominante adquira um terreno junto ao seu, com communicação para as vias publicas; supponha-se ainda que para o mesmo predio abre-se uma estrada que vai ter ás vias publicas: em qualquer desses casos não tem elle mais necessidade da servidão, e ao dono do predio serviente é licito requerer sua extincção. E' a regra: *Quæ de novo emergunt, novo indigent auxilio; cessante causa, cessat effectus*

Tendo cessado a servidão e sendo o predio serviente restituido á sua primitiva liberdade, é de justiça que seu dono restitua a indemnização que recebeu, si esta foi feita em uma só prestação. Si, porém, a indemnização consistio em certa quantia paga annualmente pelo dono do predio dominante, cessada a servidão, cessará a prestação periodica.

A disposição do art. 1241 é applicação a um caso particular (servidão de passagem), do principio geral estabelecido no art. 1260, que trata da restituição da indemnização, no caso de cessar toda e qualquer servidão legal.

Digitized by Google

SECÇÃO II

SERVIDÃO CONSTITUIDA PELO FACTO DO HOMEM

Art. 1242.—Os proprietarios podem estabelecer em seus predios as servidões que queirão, comtanto que sejão estabelecidas em um predio em beneficio de outro predio.

A disposição deste artigo é consequencia da noção já expendida da propriedade. Propriedade é o direito de gozar e dispôr livremente de uma cousa (art. 995). O art. 996 ainda considera como um dos direitos que nascem da propriedade o de dispôr da cousa, em todo ou em parte, e o de grava-la com quaesquer onus. Ora aquelle que póde livremente dispôr da cousa, e até destrui-la, com maioria de razão póde estabelecer sobre ella qualquer servidão, conforme sua vontade, comtanto que a servidão, diz o art. 1242, seja estabelecida em um predio em beneficio de outro predio.

Não é propriamente uma condição, que aqui estabelece o artigo; mas define ou mostra qual seja o caracter essencial da servidão.

A servidão é um desmembramento da propriedade; quando constituida em proveito de uma pessoa e não de outro predio, toma o nome de *servidão pessoal*, denominação impropria, porque essencialmente a servidão só é constituida em favor de outro predio.

Si, em geral, a lei considera desfavoravelmente o desmembramento da propriedade, como seja o usufructo, a emphyteuse, a antichrese, e ainda o arrendamento, como adiante veremos, não succede assim quanto ás servidões, porque são estabelecidas não em favor de uma pessoa, mas em beneficio de outro predio; ao passo que um predio perde, o outro ganha. O predio dominante adquire o beneficio que perde o serviente.

Digitized by Google

Não quer isso dizer que o predio dominante adquire um direito e o serviente uma obrigação; os direitos e obrigações só se dizem em relação ao homem; é o dono do predio dominante que tem o direito, e o do perdio serviente o que tem a obrigação, obrigação de consentir, não de fazer. Não ha servidão que consista *in agendo*, mas *in paciendo*. Por isso se diz que a servidão é um encargo em favor de outro predio. *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat* (L. 15, Dig. de servit).

Supponha-se a servidão de passagem. Todos os que habitão o predio dominante têm o direito de passagem pelo predio serviente, e os que habitão no serviente têm obrigação de consentir na passagem.

Como dizia Paulo na L. 8 Dig. de servit, não posso estipular a titulo de servidão, o direito de passear no jardim do vizinho; porque si estipulo esse direito é para meu prazer pessoal, e não em beneficio de meu predio. Si adquiro o direito de passagem pelo predio vizinho para mim e minha familia, é ainda um direito real e não servidão; porque depois de minha morte e extincta a familia, cessa o direito.

Mas si o direito de passagem é em beneficio de outro predio, delle se aproveitão todos os habitantes do predio dominante, quaesquer que elles sejão, e qualquer que tenha sido a transmissão do predio.

Alguem adquire o direito de caçar no predio de outrem: não é uma servidão. Póde aquelle, que adquire o direito de caça não ser proprietario de predio algum; é certamente um encargo imposto a um predio, mas não em beneficio de outro, nem augmenta o valor de predio algum; é só o prazer ou o interesse do caçador.

Supponha-se ainda que o morador do predio A estipula com os moradores do predio B que estes farão naquelle certos trabalhos annualmente: não ha servidão; não ha um encargo imposto sobre o predio B em beneficio do predio A. Haverá talvez

Digitized by Google

um contrato de locação de serviços, que se regulará pelas disposições respectivas, e não servidão.

E' licito certamente estipular um encargo em favor de uma pessoa, como obrigação, mas não como servidão. Um direito estipulado a titulo de servidão sobre um predio, é inherente a este e o acompanha em todas as suas transmissões. A obrigação pessoal só acompanha o devedor e seus herdeiros, e não os possuidores do predio.

Art. 1243.—As servidões estabelecidas pelo facto do homem se regularão pelos respectivos titulos de sua constituição, e, na falta ou deficiencia pelas regras da presente secção.

Si a servidão é constituida por facto do homem, é a vontade deste que a regula, e se cumprirá o que tiver sido convencionado ou determinado. A servidão póde então ser constituida em testamento, como si o testador manda que o predio, que lega, preste tal servidão a outro predio; ou por convenção, como si alguem compra em beneficio de seu predio o direito de passagem pelo predio vizinho; ou pela destinação do proprietario, como adiante veremos.

Em todo o caso a extincção, a limitação, e a fórma da servidão serão reguladas pelo titulo da sua constituição.

Art. 1244.—Si o encargo é imposto ao predio, não em beneficio de outro predio, mas em beneficio de alguma pessoa, será um usufructo limitado, que se regulará pelas regras estabelecidas sobre o usufructo, no que possa ter applicação.

Ha importantes resultados quando se considera o desmembramento da propriedade como usufructo ou como servidão. Aquelle que estipula para si o direito de passagem pelo predio vizinho, estipula um usufructo limitado, porque só póde gozar do direito de passagem e não gozar do predio como o proprietario. Por sua morte extingue-se o direito (art. 1123). Si estipulou o direito de passagem em beneficio de seu predio, ha uma servidão

Digitized by Google

e servidão perpetua, que acompanha o predio serviente em todas as suas transmissões, e em beneficio do predio dominante, e que tambem della goza e o acompanha em suas transmissões.

Ainda que o encargo imposto sobre um predio seja a titulo de servidão, não será havido como tal, si o encargo, por sua natureza, não é propriamente uma servidão. A vontade do homem não póde mudar a natureza das cousas.

Marcadé apresenta o exemplo do dire ito de caçar no predio alheio, que não é uma servidão, mas um usufructo limitado.

Art. 1245.- As servidões continuas apparentes podem ser constituidas por qualquer dos modos de adquirir reconhecidos pelo codigo, e por destinação do proprietario, nos termos do art. 1249.

Fôra desnecessario este artigo, si no seguinte não tivesse o projecto de abrir excepções ao principio geral nelle firmado.

As servidões continuas apparentes podem ser constituidas por todos os meios de adquirir reconhecidos pela lei. A servidão de aqueducto é continua e apparente; póde ser constituida por actos entre vivos, como si o dono do predio serviente vende ao dono do dominante o direito de passar suas aguas por aquelle, si lhe concede esse direito gratuitamente, si é obtido por testamento ou por prescripção.

Pelo art. 1320 a prescripção é um dos modos de adquirir; portanto, a servidão de aqueducto póde ser adquirida pela prescripção de 10 e 20 annos, quando a posse é fundada em um titulo *a non domino*, e de 30 não havendo titulo (1346 e 1348).

O art. 1246 ainda menciona um outro modo como podem ser constituidas as servidões continuas apparentes: é o da destinação do proprietario nos termos do art. 1219.

Si o proprietario de dous predios em um faz passar um aqueducto para mover uma fabrica do outro, e depois em testamento os lega a dous legatarios differentes, os dous predios continuarão como antes, um sujeito á servidão de passagem d'agua em beneficio do outro.

Digitized by Google

Art. 1246.—As servidões não apparentes, continuas ou descontinuas, tambem podem ser constituidas por qualquer dos modos de adquirir reconhecidos pelo codigo, excepto por prescripção.

Tambem podem ser constituidas por todos os modos de adquirir reconhecidos pela lei as servidões não apparentes, sejão continuas ou descontinuas, mas não o podem ser por prescripção, nem pela destinação do proprietario.

As servidões não apparentes não se manifestão, sinão de um modo negativo, e não se dirá que ha um exercicio de posse das mesmas.

O proprietario de um predio póde obrigar-se a não edificar em certa parte de seu terreno, ou a não levantar sua casa, *altius non tollendi*, afim de não tolher a vista do predio vizinho.

O dono do predio dominante póde adquirir esse direito ou por contrato feito com o dono do predio serviente, ou por testamento, mas não por prescripção. Fôra absurdo que a alguem se permittisse prohibir a seu vizinho levantar sua casa, fundado unicamente no facto de não ter sido levantada a casa por 30 ou mais annos. Tal servidão não é susceptivel de verdadeira posse. Aquelle, que pretende que seu vizinho não póde levantar a casa, deve mostrar um titulo, e não allegar simplesmente que a casa por mais de 30 annos não tem sido levantada.

O art. 1246 não faz referencia ao art. 1249, como fazem os arts. 1245 e 1247: o que quer dizer que as servidões não apparentes não podem ser constituidas por destinação do proprietario.

Isto é de evidencia, porque o art. 1249, defininde o que seja destinação do proprietario, diz que esta é constituida por *signaes apparentes*; ora, as servidões não apparentes, como define o art. 1155, são as que não apresentão indicio algum visivel. Logo a destinação do proprietario só póde ter logar nas servidões apparentes.

Art. 1247.—As servidões descontinuas apparentes podem igualmente ser constituidas por qualquer dos modos de adquirir reconhecidos

Digitized by Google

pelo codigo e por destinação do proprietario nos termos do art. 1249; mas sua constituição por prescripção será de 30 annos.

Paragrapho unico.—As servidões, de que trata este artigo, extinguem-se pelos meios geraes declarados no codigo, e pelo não uso durante cinco annos.

As servidões descontinuas apparentes são, por exemplo, o direito de passagem pelo predio vizinho, havendo um caminho para esse fim ou uma porta. Póde ser constituida por todos os meios de adquirir reconhecidos pela lei, por actos entre vivos, si o direito é comprado, doado, permutado, ou por qualquer outro modo; por acto de ultima vontade; por destinação do proprietario, e ainda por prescripção.

O codigo civil francez e outros não permittem que as servidões, de que aqui se trata, as descontinuas apparentes possão ser constituidas por prescripção.

Assim ninguem adquirirá o direito de transito pelo predio alheio, ainda que o tenha exercido desde tempos immemoriaes. A todo o tempo é licito ao proprietario impedir qualquer transito sobre o seu predio, salvo si o direito fôr constituido por um titulo qualquer, menos o de posse.

Neste ponto os codigos modernos apartão-se do direito romano, segundo o qual se póde adquirir por prescripção toda e qualquer servidão.

Concebe-se que a servidão não apparente, seja continua ou descontinua, não deva ser adquirida por prescripção. A prescripção adquisitiva tem por fundamento a posse, e esta deve ter certos caracteres, um dos quaes é a publicidade. Ora a posse de uma servidão não apparente, não tem a qualidade da publicidade, sem a qual não póde dar-se a prescripção. Si o meu vizinho nunca edificou em certo logar, é isso um facto puramente negativo, e não induz presumpção de ter elle renunciado sua liberdade de proprietario; si nunca edificou é porque não tinha necessidade de edificar.

Mas si a servidão é apparente, embora descontinua, a posse

Digitized by Google

fica revestida da qualidade necessaria de publicidade. Existe um caminho feito, pelo qual se faz o transito, existe no predio dominante uma porta, que dá sahida ao proprietario, para passar pelo predio serviente. São factos positivos, que mostrão o animo de adquirir.

Mas, diz o art. 1247, a constituição de taes servidões por prescripção, será com a posse de 30 annos. Assim, ainda que alguem tenha adquirido *a non domino*, o direito de transito pelo predio alheio, não poderá prescrever por 10 ou 20 annos; será necessario, em todo o caso, que exerça o direito por 30 annos. E como aqui se trata de prescripção, diremos que a posse ainda deve reunir os mais caracteres necessarios para ser legitima nos termos do art. 1334.

Si alguem vende-me um predio alheio, posso prescrevê-lo em 10 annos; mas si só me vende o direito de passagem no predio alheio, só posso prescrever com a posse de 30 annos. Parecerá estranho que a propriedade plena prescreva em menos tempo que uma simpl s servidão.

A razão é porque os actos de servidão descontinua são, de ordinario, actos de tolerancia, que reciprocamente concedem os vizinhos uns aos outros.

Taes actos se facultão com facilidade, visto serem indifferentes e não causarem prejuizo, mas nunca com o animo de constituirem servidão. O que importa ao dono do predio que vizinhos pizem no seu terreno, dez, vinte, ou mais annos, si dahi lhe não vem prejuizo? Mas si taes actos se exercem por 30 annos apparentemente, já não podem mais ser impedidos; verifica-se a prescripção.

No paragrapho unico do art. 1247, se diz ainda que as servidões descontinuas apparentes extinguem-se pelos meios geraes, e pelo não uso durante cinco annos.

Os meios geraes pelos quaes se extinguem as servidões, são declarados nos arts. 1257 e seguintes, e um delles é a prescripção como diz o art. 1264, isto é, pelo não uso durante 10, 20 ou 30

Digitized by Google

annos, conforme ha titulo ou não, em presença ou ausencia do proprietario.

Assim o paragrapho unico do art. 1247 estabelece um caso especial, uma excepção do art. 1264, quando diz que o não uso das servidões descontinuas apparentes, durante cinco annos as extingue.

Esta excepção era necessaria pelo caracter especial de taes servidões. Aquelle que durante cinco annos deixa de transitar pelo predio do vizinho, não póde mais reclamar esse direito, ainda que o tenha exercido por si e por seus antecessores durante tempos immemoriaes. Deve-se presumir que lhe não é mais necessaria a passagem, e julgar-se-ha pelo que é mais favoravel á liberdade da propriedade.

Art. 1248.—A posse util para a prescripção das servidões conta-se do dia, em que o proprietario do predio dominante, ou quem o possuia em seu nome, começou a exerce-la no predio serviente.

Não é necessario que seja o dono do predio dominante quem exerça actos de posse da servidão para ser esta constituida por prescripção; basta que sejão exercidos por quem o possue em nome do proprietario. O arrendatario de um terreno póde adquirir servidão em beneficio deste, embora só o possua em nome do proprietario. Si o arrendatario de um predio tem conduzido as aguas deste para dentro do predio vizinho, e por tempo sufficiente para a prescripção, póde adquirir em favor daquelle uma servidão de passagem d'agua.

A razão é porque a servidão sempre se entende estabelecida em um predio em favor do outro predio, e não em beneficio do proprietario, com quanto seja este o que goza do direito. Assim, ainda aquelle, que possue em nome do proprietario, póde constituir por seus actos uma servidão em beneficio do predio, que não possue em nome proprio.

Art. 1249.—Si dous predios pertencerem ao mesmo dono, e em um delles houver signaes apparentes de servidão para com o outro,

Digitized by Google

esses signaes serão havidos como prova de servidão constituida, quer elles tenhão sido postos pelo proprio dono do predio, quer por seus antecessores e por elles conservados.

Trata-se neste artigo de um dos modos mais frequentes da constituição da servidão, a *destinação do proprietario*, ou como se expressão os autores a *destinação do pai de familia*.

Pothier dirá o que seja a destinação do pai de familias.

Quando dous predios pertencem ao mesmo dono, o beneficio que de um resulta para o outro, como quando uma casa tem janellas para outra do mesmo dono, não constitue uma servidão, pela regra *nulli res sua servit* : ha a destinação do pai de familias. Si posteriormente as duas casas passão a pertencer a differentes donos, quer pela alienação, que faça o proprietario de alguma dellas, ou por partilha entre herdeiros, o beneficio, que uma das casas recebia da outra, que era até então destinação do pai de familias quando pertencião ao mesmo dono, converte-se em direito de servidão, que o proprietario da que recebia o beneficio terá sobre a casa que o prestava, e não é necessario que a servidão seja expressamente constituida pelo acto da alienação ou partilha.

A razão é porque a casa se reputa ter sido alienada no estado, em que se achava ao tempo da alienação, e o herdeiro, que a teve em seu quinhão, tambem a recebeu no mesmo estado ; por conseguinte uma foi recebida com janellas sobre a outra e esta com o encargo de não poder altear-se em prejuizo da servidão activa da vista; é o que basta para se dizer constituida a servidão.

A principal condição para que tenha logar a destinação do proprietario, é que os signaes tenhão sido postos por elle, ou por seus antecessores, mas por elle conservados.

O arrendatario de dous predios abre janellas em um com vistas sobre o outro, e o proprietario os vende a dous differentes compradores. O que comprou o predio com servidão passiva de vista póde requerer que sejão tapadas as janellas abertas no

Digitized by Google

outro ; porque não fôrão abertas pelo proprietario, ou seus antecessores, mas pelo arrendatario, que não póde constituir servidão no predio arrendado.

Supponha-se que o comprador de dous predios os adquirio tendo um janellas abertas sobre o outro. Emquanto os predios existem em seu dominio extingue-se a servidão pela regra *res sua domino non servit*; si aliena um delles se restabelece a servidão.

Si o que adquirio os dous predios, em que ha signaes de servidão de um para outro, não conserva os signaes, si, por exemplo, supprime as janellas de um sobre o outro, quando as transmittir, passão no mesmo estado para os novos adquirentes, isto é, sem a servidão de vista.

Art. 1250.— Si os dous predios, de que trata o artigo antecedente, deixão de pertencer ao mesmo proprietario, sem disposição alguma relativa á servidão, esta se entende estabelecida activa e passivamente em favor ou sobre cada um dos predios separados.

A decisão deste artigo já ficou explicada no artigo antecedente ; cumpre, porém, saber quaes são as servidões, que se entendem estabelecidas activa e passivamente, em favor e sobre cada um dos predios, quando passão a pertencer a differentes donos.

São primeiramente as servidões continuas apparentes, de que falla o art. 1245. O dono de dous predios abre sobre um escoadouro para as aguas do outro; depois em testamento lega os dous predios a differentes legatarios. Estes os recebem no estado, em que se achão, isto é, um com a servidão de escoadouro em beneficio do outro.

São em segundo logar as servidões descontinuas apparentes nos termos do art. 1247. Já demos o exemplo do dono de dous predios, que por signaes visiveis, por uma porta ou caminho, estabelece a passagem dos moradores de um predio pelo outro. Sendo vendidos a dous compradores differentes, estes recebem os predios no estado em que se achão, isto é, um com a servidão de passagem sobre o outro.

Digitized by Google

Não é assim, porém, quanto ás servidões não apparentes, sejão ellas continuas ou descontinuas. O art. 1246 não reconhece sua constituição por meio da destinação do proprietario. O art. 1249 exige que os signaes sejão apparentes: é condição essencial para que a servidão se julgue constituida por destinação do proprietario.

Esta servidão tem por fundamento o consentimento tacito das partes interessadas, consentimento que intervem no momento da divisão dos dous predios, um dos quaes tem de servir ao outro. O consentimento resulta da vontade, que tiverão as partes interessadas de conservar o estado de cousas preexistente.

Mas para se poder dizer que ellas consentem na destinação do proprietario, é essencial que a conheção, é necessario que vejão o estado de cousas preexistente: eis porque se exige a condição da apparencia.

Si a servidão, que um dos predios presta ao outro, não é apparente, não se póde dizer que as partes interessadas consentirão em sustentar a servidão; porque nenhum signal exterior revela sua existencia, e ignorando que existe a servidão, ninguem dirá que tiverão intenção de perpetua-la. (Laurent.)

SECÇÃO III

DO EXERCICIO DA SERVIDÃO

Art. 1251.— Constituida uma servidão, entende-se permittido tudo o que é necessario para o exercicio della. Assim:

§ 1.°— O direito de tomar agua em uma fonte comprehende o direito de passagem pelo predio, onde existe a fonte;

§ 2.°— O direito de passagem d'agua pelo predio alheio comprehende o direito de passagem, afim de fazer as obras e reparações necessarias;

§ 3.°— Sendo cercado o predio serviente, deve o proprietario dar livre entrada ao dono do predio dominante.

A disposição deste artigo é uma simples regra do bom senso. Sem duvida aquelle, que tem direito ao mais, deve ter direito ao

Digitized by Google

menos. A lei romana dizia: *Refectionis gratia accedendi ad ea loca quæ non serviant, facultas tributa est his quibus servitus debetur. Si prope tuum fundum jus est mihi aquam rivo ducere, tacitè hæc jura sequuntur; ut reficere mihi rivum liceat: ut adire qua proximè possim ad reficiendum eum ego, fabrique mei; item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra et sinistra ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem, jacere possim.* (L. 11 Dig. commu. præd.)

E' o que se chama servidão accessoria, e por conseguinte está sempre dependente da existencia da servidão principal, e regula-se por esta. Assim o direito de tomar agua em uma fonte comprehende o direito de passagem; extincto o direito de tomar agua, tambem se extingue o seu accessorio de passagem.

Não é necessario dizer que os tres paragraphos do art. 1251 são exemplos, e poderão haver muitos outros casos além dos mencionados no artigo.

Art. 1252.— O proprietario do predio dominante tem o direito de fazer todas as obras necessarias para o exercicio e conservação da servidão; e o proprietario do serviente póde exigir que a servidão seja exercida do modo menos oneroso ao seu predio.

A disposição do artigo é de evidencia. Quem tem direito ao fim, tem direito aos meios, sem os quaes não o póde conseguir. Por outro lado si a servidão póde ser exercida de diversos modos sem prejuizo do predio dominante, o dono do serviente póde exigir o seu exercicio na fórma, que lhe seja menos onerosa.

Art. 1253.— Si fôrem diversos os predios dominantes, os donos delles serão obrigados a contribuir na proporção da parte, que tiverem nas vantagens da servidão, para as despezas das obras, de que trata o artigo antecedente, do que só poderão eximir-se desistindo da servidão em proveito dos outros.

Logo que a servidão é em proveito de diversos predios, todos os donos destes são obrigados a contribuir proporcionalmente para as despezas da conservação da servidão. Ao dono do predio serviente não incumbe despeza alguma; nada tem elle

Digitized by Google

que fazer pela regra: *servitutium non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

Um só predio póde ser serviente de varios predios dominantes, e vice-versa varios predios podem ser servientes de um só dominante. Assim varios predios pódem ter a servidão activa de passagem sobre um só predio; e por outro lado um só predio póde ter a servidão activa de vista sobre varios outros predios.

Si fôr necessario concertar o caminho de que se servem os donos de varios predios dominantes, devem todos concorrer proporcionalmente para as despezas, segundo as regras dos arts. 1012 e 1016.

Art. 1254.— O dono do predio serviente não póde fazer obra, ou praticar acto, que embarace o uso da servidão constituida, ou torne incommodo o seu exercicio.

Assim, não póde fazer mudança no predio serviente, e nem transportar o exercicio da servidão para logar differente do em que foi originariamente estabelecido.

Comtudo são-lhe permittidos os actos e obras, que, embora alterem o exercicio da servidão, não prejudicão os direitos do predio dominante, como a mudança do sitio originario da servidão constituida, si esses actos e obras lhes são uteis e tornão a servidão menos onerosa ao predio serviente.

Art. 1255.— Da mesma fórma o dono do predio dominante, não póde fazer obra ou praticar actos no predio dominante, que importem innovação e tornem a servidão mais onerosa.

Póde, porém, exigir a mudança do logar ou do modo do exercicio da servidão, si provar que isso é vantajoso ao predio dominante e não causa prejuizo ao serviente.

E' evidente que o proprietario do predio dominante não póde usar da servidão, sinão conforme o seu titulo; da mesma fórma deve ella ser respeitada pelo dono do predio serviente nos termos de sua constituição. Nem ao dono do predio serviente é licito praticar actos, que embaracem o uso da servidão, e nem ao dono do predio dominante é licito praticar actos, que tornem a servidão mais onerosa.

Si a mudança da servidão é necessaria, sem prejuizo quer

Digitized by Google

do dono do predio dominante, quer do dono do serviente, será ao interessado permittido faze-la, pela regra: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus es.*

Art. 1256.— A servidão presume-se imposta na totalidade do predio, si de sua natureza ou do titulo constitutivo não se deve inferir o contrario.

Como dizião os jurisconsultos romanos, a servidão é uma qualidade do predio, que por conseguinte o affecta em todos as suas partes, si de sua natureza ou do titulo constitutivo não consta ou não se póde inferir o contrario.

Aquelle, que adquire a servidão de vista sobre o predio vizinho, póde devassa-lo em toda a sua extensão; mas si pelo titulo constitutivo da servidão é ella concedida por meio de uma só janella e em certo logar, o dono do predio dominante não póde abrir mais de uma janella, nem abri-la em outra parte.

Ha a servidão de passagem de certa agua por um predio: pela natureza da servidão se infere que ella não póde ser levada sinão por onde dê o nivel e não por logar superior.

SECÇÃO IV

EXTINCÇÃO DA SERVIDÃO

Art. 1257.— O exercicio da servidão cessa pela extincção do predio dominante ou serviente, ou si as cousas chegarem a estado de se não poder fazer uso da servidão.

Não se diz no artigo que a servidão se extingue pela extincção de algum dos predios serviente ou dominante, ou porque as cousas chegárão a estado de se não poder fazer uso da servidão; o que se diz é que em qualquer dos casos *cessa o exercicio* da servidão, mas esta não se extingue. Ha apenas uma impossibilidade material de exercer-se a servidão, que se suspende emquanto dura a impossibilidade do seu exercicio.

Digitized by Google

No art. 1259 veremos que cessada a impossibilidade renasce a servidão.

O edificio, que tinha vistas sobre o predio vizinho, desmorona; o terreno sujeito a uma servidão é inundado; secca-se a fonte onde se tomava agua; em qualquer desses casos suspende-se o exercicio da servidão, até que o edificio seja reconstruido, ou abaixe a inundação, ou reappareça a agua da fonte; não se extingue a servidão.

> Art. 1258.— Si o impedimento do exercicio da servidão é sómente em parte, continúa ella no que não tiver impedimento.
>
> Assim, extinguindo-se sómente em parte o predio dominante, continúa a servidão a favor da parte não extincta; extinguindo-se sómente em parte o predio serviente, continúa a servidão na parte não extincta.

E' applicação do principio geral estabelecido no art. 1256. Si as servidões se entendem constituidas na totalidade do predio, perdendo-se parte deste, continuará na parte restante. O art. 1258 apresenta o seu exemplo.

Destroe-se parte do edificio ao qual competia servidão de vista sobre o predio vizinho, a parte restante do edificio continua a exercer a servidão. O predio sujeito á servidão de passagem é inundado em parte, o caminho se abrirá na parte não inundada.

> Art. 1259.— A servidão renasce cessada a causa que impedio o seu exercicio, ou si o predio é reposto no seu antigo estado, ainda que pelo não uso tenha decorrido tempo necessario para a prescripção, o qual só começará a correr utilmente do dia, em que reviver a servidão.

Notemos uma differença capital entre o usufructo e a servidão. O usufructo se extingue com a perda da cousa usufruida (art. 1123), e não renasce si a cousa é restituida ao seu estado primitivo. Assim extingue-se o usufructo, si o edificio, objecto delle, é incendiado, e si fôr reconstruido não renasce o usufructo.

Não succede assim nas servidões. Extinguindo-se o predio

Digitized by Google

serviente, sómente cessa o exercicio da servidão, e não se extingue esta; ha só um impedimento, cessado o qual renasce a servidão.

A razão é porque a lei considera desfavoravelmente o usufructo, como já o dissemos, e facilita sua extincção. O usufructo é sempre temporario, e as servidões são perpetuas. A servidão é um encargo estabelecido sobre um predio em favor do outro; si aquelle perde, este ganha, ha compensação, e esse estado de cousas não é contrario á organização da propriedade. Já em outro logar apontámos os inconvenientes do usufructo.

O art. 1259 faz renascer a servidão, ainda que com o não uso tenha decorrido o tempo necessario para a prescripção.

A lei romana traz o exemplo de uma fonte, da qual um vizinho tem o direito de tirar agua. Seccando-se a fonte, o vizinho não póde mais entrar no predio onde ella existe; mas si a fonte renascer, ainda que tenha decorrido o tempo necessario para a prescripção, a servidão se restabelece. Eis a questão posta pela L. 34 Dig. de servit. prœd. rust.: *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquæductus amissus erit, quæritur?*

A servidão se restabelece, porque no caso figurado o não uso da fonte não foi devido á negligencia ou culpa de quem tinha direito de servir-se della, mas por impossibilidade, *quod jus non negligentia, aut culpa sua amiserat, sed quia ducere non poterat.*

Não ha prescripção em tal caso, diz o jurisconsulto romano nas palavras *post constitutum tempus.*

A prescripção tem por um de seus fundamentos o presumido abandono que faz o proprietario do seu direito; mas aqui o não uso é por impossibilidade.

Não é esta decisão fundada no principio *contra non valentem non currit præscriptio.*

Mais adiante mostraremos que este principio, além de perigoso, é completamente falso.

Logo que a lei permitte interromper a prescripção por meio

Digitized by Google

do protesto judicial, não é admissivel o caso de impossibilidade de usar de um direito.

Aquelle, que por negligencia não usa do seu direito durante 30 annos, presume-se que o abandonou, porque podia reclama-lo ou interromper a prescripção civilmente nos termos do art. 1371. Não se admitte negligencia naquelle, que não usa de um direito por estar impossibilitado.

Aquelle, que, podendo, não usa de seu direito, é negligente, deve nesse caso favorecer-se a posse.

Não posso passar pelo predio vizinho, porque se acha inundado; não ha de minha parte negligencia no uso do meu direito, visto haver um impedimento. Ainda que por mais de 30 annos o predio esteja inundado, logo que cesse a inundação deve reviver a servidão.

O vizinho passa pelo meu predio sem direito algum. Posso impedi-lo, fechando o meu terreno, ou interrompendo a prescripção civilmente. Não o faço durante 30 annos; deve-se presumir que concedi-lhe esse direito, e não poderia mais obstar o seu uso.

O art. 1259 termina decidindo que o tempo da prescripção só correrá utilmente do dia em que reviver a servidão.

No exemplo figurado, cessando a inundação do predio vizinho, posso transitar por elle; nesse dia renasce a servidão. Deixo, porém, de usar della. Supponha-se que o predio esteve inundado por 30 ou mais annos. E' uma servidão descontinua; cessada a inundação deixo de usar do transito por cinco annos: está prescripto o meu direito nos termos do art. 1247.

> Art. 1260.—As servidões legaes cessão logo que cessa a causa da sua constituição, e, si sua extincção fôr requerida pelo dono do predio serviente, deverá repôr o que recebeu a titulo de indemnização, salvo si esta consistir em prestações periodicas, porque então só cessarão as prestações.

Demos como exemplo a servidão de passagem d'agua. O

Digitized by Google

aqueducto é estabelecido no predio vizinho pela necessidade que tem o dominante para o trabalho de uma fabrica. Foi paga ao dono do predio serviente uma indemnização consistente ou em uma só prestação, ou em prestações annuaes.

Sendo supprimida a fabrica, cessa a causa da constituição da servidão, e o dono do predio serviente tem direito de requerer sua extincção. Si recebeu a indemnização em uma só prestação, por exemplo, se recebeu de uma só vez a quantia de 100, entende-se, a não haver declaração em contrario, que vendeu perpetuamente o direito de servidão sobre seu predio ; os juros desta quantia compensaráõ o gravame, que soffre com o exercicio da servidão. Portanto, si requerer a extincção da servidão, por ter cessado a causa de sua constituição, deve restituir os 100, que recebeu a titulo de indemnização, visto que seu predio, extincta a servidão, augmentará de valor.

Si a indemnização consiste em prestações periodicas, por exemplo, recebendo annualmente o dono do predio serviente a quantia de 10, logo que se extinga a servidão, de razão deve cessar a prestação que era paga pelo encargo, que onerava seu predio.

Art. 1261.—No caso do artigo antecedente a extincção da servidão póde tambem ser requerida pelo dono do predio dominante, para o fim de cessar a prestação periodica, que seja devida como indemnização.

Continuemos ainda com o exemplo figurado no artigo antecedente.

O dono do predio dominante, tendo supprimido a sua fabrica, não precisa mais da servidão de aqueducto, pela qual, como indemnização, pagava a prestação annual do 10. Póde requerer que se extinga a servidão, que agora lhe é inutil, afim de cessar a prestação annual.

Mas si a indemnização, que pagou, foi em uma só prestação, por exemplo, de 100, ainda que supprima sua fabrica, não póde exigir a restituição da indemnização.

Digitized by Google

Art. 1262.—Extingue-se a servidão pela confusão, isto é, quando em sua totalidade o predio dominante e o predio serviente passão a pertencer a um só proprietario.

Um predio não póde ficar onerado com o encargo da servidão em proveito de outro predio do mesmo dono. Não ha servidão sinão quando os dous predios, serviente e dominante, pertencem a differentes donos: é definição do art. 1145. *Res sua nemini servit.*

E' essencial, porém, que o predio serviente e o dominante, em sua totalidade, passem a pertencer ao mesmo proprietario.

Si uma parte sómente do predio serviente passa a pertencer ao dono do dominante, não se extingue a servidão sinão nessa parte, e o dono do predio dominante continúa a exercê-la na outra parte.

A razão é porque a servidão é indivizivel e abrange o predio em todas as suas partes. Si o dono do predio, que tinha a servidão de vista sobre outro predio vem a adquirir parte deste, continuará a exercer a servidão sobre outra parte, que lhe não pertence.

Da mesma fórma, e pela mesma razão, não se extingue a servidão, si só parte do predio dominante vem a pertencer ao dono do predio serviente. O dono da parte, que não passou a pertencer ao dono do predio serviente, continúa a exercer a servidão sobre esta, pela mesma razão da indivisibilidade da servidão.

Art. 1263.—Si de novo separar-se o dominio dos dous predios, regula a disposição do art. 1250.

Si a confusão cessa pela separação do dominio dos dous predios, cessão os seus effeitos, isto é, regula o disposto no art. 1250. O proprietario dos dous predios, aliena o dominante, a servidão activa passa para o predio do adquirente; aliena o serviente, a servidão passiva o acompanha. Si os dous predios

Digitized by Google

são legados, ou por qualquer fórma passão a pertencer a diversos donos, renascem as respectivas servidões.

Está entendido que isto tem logar si o proprietario dos dous predios não extinguio os signaes da servidão (art. 1249). Si, por exemplo, demolio de modo permanente o aqueducto do predio serviente, este passará ao adquirente sem servidão.

Art. 1264.—A servidão se extingue pelo não uso durante o tempo necessario para a prescripção, e conforme as regras geraes desta.

O caso deste artigo é inteiramente differente do caso do art. 1259. No art. 1259 trata-se do caso de ter cessado o exercicio da servidão por impedimento fortuito qualquer; por ter seccado a fonte de que se servia o dono do predio dominante. Este não uso da fonte, ainda que tenha durado mais de 30 annos, não é util para a prescripção, como já dissemos.

Supponhamos, porém, que o dono do predio dominante é impedido de tomar agua na fonte por facto do dono do serviente: regulão então os principios geraes da prescripção. Si o dono do serviente allega um titulo, a prescripção será de 10 ou 20 annos nos termos do art. 1346. Si o não uso tem durado 30 ou mais annos, o dono do predio serviente póde prevalecer-se da prescripção do art. 1348.

A questão é de saber si o não uso é ou não proveniente da impossibilidade de exercer o direito. Si não tira a agua da fonte do vizinho, porque elle a desviou para outro predio, não ha impossibilidade, porque posso recorrer á justiça, e pedir que a fonte se restabeleça no logar primitivo. Si o dono do predio serviente levantou parede, que me impede a servidão de vista sobre seu predio, posso obriga-lo a demoli-la. Em qualquer destes casos corre utilmente o tempo da prescripção.

Art. 1265.—A prescripção correrá, nas servidões descontinuas, desde o ultimo acto de exercicio della, praticado pelo dono do predio dominante; e nas continuas desde o dia, em que houve o primeiro acto contrario ao exercicio da servidão, ou desde o dia, em que

Digitized by Google

desappareceu o estado de cousas necessario ao seu exercicio, e, sendo possivel e permittido ao proprietario do predio dominante restabelece-lo, o dito proprietario não o restabeleceu.

O prazo da prescripção começará a correr conforme a natureza das servidões.

Tratando-se de servidões descontinuas, o prazo corre do ultimo acto do exercicio dellas. Si tenho o direito de transito sobre o predio vizinho, correrá a prescripção do dia em que deixei de passar por elle. O prazo desta prescripção, como já vimos, é de cinco annos (art. 1247).

A prescripção das servidões continuas corre differentemente. Supponha-se que o dono do predio serviente, onerado com a servidão de aqueducto, demolio este; a prescripção correrá do dia da demolição; porque é desse dia que começa o não uso da servidão.

Supponha-se ainda que o aqueducto por vetusto, ou por qualquer caso fortuito, aluio e deixou de dar passagem ás aguas: o dono do predio dominante podia reconstrui-lo, e ainda que obstasse o dono do predio serviente, podia judicialmente obriga-lo a consentir na reconstrucção. E' dessa interrupção do curso da agua que correrá a prescripção.

Mas si as aguas deixão de correr por ter seccado o rio ou fonte, donde erão tiradas, a prescripção só começará a correr do dia em que as mesmas voltárão, nos termos do art. 1259.

Art. 1266.— Relativamente ao modo e extensão da servidão, correrá a prescripção pela mesma fórma do artigo antecedente.

Si o titulo confere ao dono do predio dominante o direito de tirar da fonte do predio vizinho duas partes de agua, e elle só tira uma, passados cinco annos só terá direito de tirar uma. Si tendo o direito de conduzir certa quantidade d'agua pelo predio serviente, conduz menos, verifica-se a prescripção conforme as regras geraes.

Digitized by Google

Art. 1267.— Si o predio dominante pertencer a varios indivisamente, o uso, que qualquer dos consortes fizer da servidão, impedirá a prescripção relativamente aos mais.

As servidões são indivisiveis, e se não perdem ou se adquirem por partes; são devidas a cada uma das partes do predio dominante, e gravão cada uma das partes do serviente. O art. 1267 é applicação desta decisão.

Si o predio dominante pertence a diversos consortes, basta que algum delles exercite a servidão para impedir a prescripção, comquanto os outros não a tenhão exercitado. O exercicio da servidão por um consorte não affecta tal ou tal parte do predio, mas todo elle porque a servidão é indivisivel. Ella é devida, não a tal ou tal pessoa, mas ao predio dominante. *Unico est servitus quæ aut tota amittitur, aut tota retinetur.*

Art. 1268.— Si, por excepção legal, a servidão não poder prescrever contra algum dos proprietarios do predio dominante, tambem não prescreverá contra os outros.

E' outra consequencia logica da indivisibilidade da servidão. Nos termos do art. 1389 a prescripção não corre contra o menor não tutelado. Si o predio dominante pertence ao menor não tutelado e a outros consortes em commum, a prescripção não podendo correr contra o menor, tambem não corre contra os outros consortes. *Minor relevat majorem,* diz a lei romana.

FIM DO TOMO II

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

DAS

MATERIAS CONTIDAS NO 2° VOLUME

Titulo Preliminar

DA PUBLICAÇÃO, EFFEITOS E APPLICAÇÃO DAS LEIS EM GERAL.

CAPITULO IX. Da responsabilidade civil..... 1
Secção unica. Da liquidação da indemnização... 19

Parte Especial

DAS PESSOAS, DAS COUSAS E DOS ACTOS JURIDICOS EM PARTICULAR.

LIVRO 1°

Das pessoas em particular.

TITULO I

Da familia.

CAPITULO I. Do casamento..... 27
SECÇÃO I. Disposições geraes..... 27
II. Do Casamento religioso..... 30
III. Do casamento civil..... 33
IV. Disposições communs ao casamento civil e religioso..... 41
SUB-SEC I. Da promessa de casamento..... 41
II. Dos impedimentos do casamento..... 43
III. Do casamento dos menores..... 71
IV. Direitos e obrigações dos conjuges... 79
SECÇÃO V. Do divorcio..... 102
II. Dos pais e dos filhos..... 119
SECÇÃO I. Da paternidade legitima..... 119
II. Da legitimação..... 130
III. Da perfilhação..... 134
SECÇÃO IV. Do patrio poder..... 148

Digitized by Google

Sub-secç. unic. Do patrio-poder em relação aos filhos perfilhados 167
Secção V. Dos alimentos 169

TITULO II

Da tutela e da curadoria

Capitulo I. Da tutela..... 182
Secção I. Das disposições geraes..... 182
II. Da tutela dos menores..... 183
Sub-secç. I. Da tutela testamentaria..... 185
II. Da tutela legitima..... 190
III. Da tutela dativa..... 193
Secção III. Das pessoas que podem escusar-se de ser tutores dos menores e interdictos..... 196
IV. Dos que não podem ser tutores dos menores e interdictos..... 201
V. Remoção da tutela dos menores e interdictos 203
VI. Direitos e obrigações do tutor do menor e do interdicto..... 206
Sub-secç. unic. Obrigação dos tutores quanto á pessoa do menor..... 225
Secção VII. Das contas das tutelas dos menores e interdictos..... 227
VIII. Da terminação da tutela dos menores 230
Sub-secç. I. Da maioridade 231
II. Da emancipação..... 233
Secção IX. Da interdicção 243
X. Dos surdos-mudos..... 261
Capitulo II. Da curadoria..... 263
Secção I. Da curadoria do prodigo..... 263
II. Da curadoria das pessoas por nascer. 269
III. Da curadoria dos ausentes..... 274
Sub-secç. I. Disposições geraes..... 274
II. Da curadoria dos bens do ausente... 278
III. Da posse provisoria dos bens do ausente 286
IV. Dos effeitos da ausencia declarada... 290
V. Do termo da posse provisoria..... 300
VI. Da posse definitiva..... 303

Digitized by Google

LIVRO II

Das cousas em particular

TITULO I

Da propriedade

Capitulo	I. Disposições geraes	306
	II. Da compropriedade	317
	Secção I. Divisão e partilhas	322
	II. Da rescisão da divisão	330
Capitulo	III. Da accessão	335
	Secção I. Accessão relativa ás cousas immoveis	336
	II. Da accessão relativa ás cousas moveis	347
Capitulo	IV. Do usufructo	353
	Secção I. Direitos e obrigações do usufructuario e do proprietario	359
	II. Extincção do usufructo	393
Capitulo	V. Do uso e habitação	408
	VI. Da servidão	410
	Secção I. Da servidão legal	420
	Sub-sec. I. Servidão de passagem de agua	434
	II. Escoadouro das aguas	438
	III. Dos muros paredes-meias	439
	IV. Da plantação	450
	V. Da construcção de deposito de materiaes nocivos e outras construcções semelhantes	454
	VI. Construcção e edificação	455
	VII. Da servidão de passagem	467
	Secção II. Servidão constituida pelo facto do homem	472
	III. Do exercicio da servidão	482
	IV. Extincção da servidão	485

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google